



OFICIO

S/REF:

N/REF:

FECHA: 13/01/2010

ASUNTO: Marroquí menor de edad sujet a KAFALA.

DESTINATARIO: SUBDIRECCIÓN GRAL. RELACIONES SOCIALES INTERNACIONALES

En contestación a su consulta en relación con el menor de nacionalidad marroquí D. tutelado mediante "Kafala" otorgada por las autoridades marroquíes y constituida por los padres biológicos del niño (al haber renunciado a la custodia del mismo), siendo su tutora cónyuge de ciudadano británico, al cual se le ha denegado por la Subdelegación del Gobierno en Málaga su solicitud de tarjeta de residencia permanente como familiar de ciudadano de la Unión, se informa lo siguiente:

- Con carácter previo, debe reseñarse que el artículo 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, no contempla, entre los familiares de ciudadanos comunitario (o de otro Estado parte en el Espacio Económico Europeo), al menor de dieciocho años o mayor de dicha edad que no sea objetivamente capaz de proveerse, cuando el residente en España sea su representante legal.

Establecido lo anterior, la Disposición adicional decimonovena de la misma norma determina que las autoridades competentes facilitarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la obtención de un visado de residencia o, en su caso, una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, a quien, sin estar incluido en el mencionado artículo 2, sea familiar, hasta segundo grado, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad y se halle en determinadas circunstancias, así como a la pareja no registrada de ciudadano comunitario.



Debe reseñarse, en relación con lo anterior:

- Dicha disposición adicional decimonovena establece la facilitación del visado o autorización de residencia conforme a la Ley Orgánica 4/2000, por la que se regula el régimen general de extranjería en España y, no, por el contrario, la facilitación de documentación conforme al propio Real Decreto 240/2007, en el que se regula el régimen comunitario.
 - Por otro lado, la representación legal que el residente en España puede ostentar en relación con un menor o una persona que no pueda proveerse por sí misma no se encuentra contemplada, como no lo está en el artículo 2 del Real Decreto 240/2007, en la Disposición adicional decimonovena del mismo.
 - Finalmente, sí cabría la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de acuerdo con el cual las personas incluidas dentro del ámbito de aplicación del régimen comunitario en España se registrarán por las normas relativas al mismo, siéndoles de aplicación la propia Ley Orgánica en aquellos aspectos que pudieran serles más favorables.
- Establecido, de acuerdo con lo anteriormente señalado, que el régimen de extranjería aplicable al supuesto planteado sería el regulado en la Ley Orgánica 4/2000 y su normativa de desarrollo, se reseña que ésta sí contempla, entre los familiares reagrupables, al menor tutelado por un residente en España, siempre que el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español.

No obstante, debe clarificarse que, con fecha 27 de septiembre de 2007, se dictó la Instrucción DGI/SGRJ/06/2007, sobre la KAFALA, en relación con la tramitación de las solicitudes de visado para la venida a España de menores extranjeros, para su acogimiento por parte de ciudadanos españoles o residentes extranjeros, que presentan el documento denominado "Kafala".

De acuerdo con las señaladas Instrucciones, cuando se solicite un visado para la entrada en España de un menor extranjero en base a un documento **CONSTITUIDO POR LOS PADRES BIOLÓGICOS** del niño, y con independencia de que haya **intervenido o no** en el proceso una **Autoridad pública**, ya sea administrativa o judicial, se considerará que el citado documento **NO** establece entre el ciudadano español o el extranjero residente en nuestro país y el menor extranjero un régimen jurídico equiparable a la **tutela dativa**.



En relación con lo anterior, debe recordarse que el artículo 17.1.c) de la Ley Orgánica 4/2000, cuando regula la posible reagrupación familiar de un menor tutelado, determina que el acto jurídico del que surgen las facultades representativas, para su toma en consideración, debe no ser contrario a los principios del ordenamiento español.

- De acuerdo con lo anterior, debe considerarse que al supuesto planteado no debiera haberle sido aplicado el régimen comunitario de extranjería en España; no estando, a mayor abundamiento, amparado el mismo por la figura jurídica de reagrupación familiar prevista en el denominado régimen general (que no tiene en consideración representaciones legales otorgadas por los progenitores de un menor extranjero y sí, por el contrario, las constituidas en caso de no determinación de progenitores, orfandad, o declaración de abandono del menor realizada por la Autoridad competente de acuerdo con la legislación interna del países de origen).

No obstante, teniendo en cuenta que cabe deducir que el citado menor ha residido legalmente en España durante un periodo superior a cinco años, con documentación obtenida indebidamente pero sin que ello sea imputable al interesado, le podría resultar de aplicación lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000, el cual establece que tendrán derecho a obtener una autorización de residencia de larga duración los extranjeros que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada.

EL DIRECTOR DEL GABINETE,

César Mogo.