

Régimen jurídico de la *kafala* marroquí en el Derecho español (I)

Vanesa Caballero Ruiz [*]

Resumen. La *kafala* es una institución propia del derecho islámico, por lo que no se corresponde plenamente con ninguna medida de protección reconocida por el Estado español. De esta manera, el objetivo que se persigue con este trabajo es identificar el tratamiento que se le otorga en España a las *kafalas* constituidas en Marruecos, a fin de averiguar, por un lado, los problemas que se producen con la continuidad de las relaciones jurídicas una vez que las situaciones traspasan las fronteras y, por otro lado, comprobar el respeto a los principios de protección del menor que emanan tanto de la Constitución Española como de los convenios internacionales. Se pretende pues determinar qué respuesta ofrece nuestro ordenamiento jurídico en el caso de que el menor vaya a residir en España acogido bajo el título de una institución extranjera desconocida en nuestro sistema de Derecho para así poder evitar así una situación de desamparo.

Palabras claves: *kafala*, Derecho español, protección del menor

Abstract. Kafalah is an institution of Islamic law, so it does not correspond fully with any measure of protection guaranteed by Spanish law. Thus, the objective of this study is to identify the treatment that is given in Spain to Moroccan kafalah, to find out, first, the problems that occur with the continuity of legal relations once the situations cross borders and, on the other hand, to check the respect of child protection principles emanating from both the Spanish Constitution and of international agreements. It is intended to determine which offers our

legal response in the event that the child will reside in Spain received the title of a foreign institution unknown in our law system in order to avoid a situation of helplessness.

Keywords: kafalah, Spanish law, child protection

Introducción

El incremento gradual del abandono de menores en la sociedad marroquí a partir de los años 80, está suponiendo un gran problema social en la actualidad. Una de las causas más relevantes que favorece dicho crecimiento es la situación de subdesarrollo existente en el país. De igual manera, existen otros hechos que también contribuyen a este fenómeno (Calvo, 2007; Esteban de la Rosa, 2007):

- Por un lado, se ha de resaltar que en el mundo musulmán se concibe una interpretación muy particular sobre la libertad, no equiparable del todo con el concepto asumido en Occidente. Por ello, esta discrepancia lleva a confundir dicho concepto con la falta de responsabilidad por parte de los progenitores, sobre todo a la hora de asumir las obligaciones propias de la patria potestad.
- Asimismo, la poligamia y el cambio en la estructura familiar pueden propiciar el abandono de los menores por parte de sus padres, al no poder éstos sustentar a todos los descendientes engendrados en los distintos matrimonios celebrados.
- El aumento del éxodo rural en los países en vías de desarrollo, a causa de la desatención de los Gobiernos a las zonas rurales y de la insuficiencia de infraestructuras, provoca un aumento de la pobreza, fomentando así el abandono de los menores.

- La influencia de determinadas ideologías culturales, sociales y jurídicas, pueden contribuir también a dicho fenómeno. Así, el hecho de permitir a las madres solteras abandonar a sus hijos en el hospital después de dar a luz, una vez firmado el correspondiente documento, se puede considerar un ejemplo bastante ilustrativo de dichas influencias ideológicas. Este hecho se debe a la presión a la que están sometidas las mujeres solteras marroquíes que se quedan embarazadas, al estar éstas muy mal vistas por la sociedad musulmana, en la que se entiende que las relaciones sexuales sólo se pueden llevar a cabo dentro del matrimonio.

El presente trabajo está fundamentado en la jurisprudencia española e internacional acerca de la adopción internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional en un caso; Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 y Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 en el otro), apoyándose de igual manera, en la legislación marroquí de la *kafala*: Ley 15-01, del 13 de junio de 2002.

Antes de pasar a comentar la referida legislación, cabe puntualizar brevemente la presencia de múltiples singularidades y diferencias entre los diversos países musulmanes en relación al Derecho de Familia, debido a la influencia de las distintas escuelas vigentes y a las múltiples corrientes islámicas. A pesar de ello, en el mundo musulmán, existe un consenso a la hora de concebir la *protección de los menores*, como la obligación tanto de garantizar al menor una vida social correcta, protegiéndolo de todas las posibles situaciones nocivas o adversas, así como la intención de ofrecerle una salvaguardia idónea dentro de un núcleo familiar sólido. Una de las instituciones que recoge dichas finalidades es la *kafala*, al ser ésta una medida de protección propia que viene a llenar el vacío que supone la

inexistencia en el mundo musulmán de una institución parangonable a la adopción.

Por consiguiente, en el Derecho islámico ni se regula ni se reconoce la adopción de igual manera que se recoge en el Derecho español; es decir, no existe ninguna institución que dé derecho a la creación de un nuevo vínculo de filiación entre el menor adoptado y los padres adoptivos, por lo que, de acuerdo con dicha normativa, ni se crean vínculos de parentesco entre los involucrados ni se producen cambios en el estado civil en dichos menores. La conformación jurídica de la *kafala* responde a la interpretación más literal de los respectivos versículos recogidos en el Corán, de los que se desprenden explícitamente la prohibición, para el hijo adoptado, de adquirir los apellidos de los padres adoptivos y los correspondientes derechos sucesorios (versículos 4 y 5 de la Sura XXXIII). Por ello, la *kafala* presenta una serie de peculiaridades, dada su naturaleza y contenido únicos, siendo ésta la figura que proporciona el máximo nivel de protección en el Derecho islámico (Diago, 2010). De esta manera, se hace notar el carácter multifuncional y el incuestionable componente religioso que caracteriza a esta institución, ya que uno de los fines que se persigue es conseguir que el menor sea educado de acuerdo con la fe islámica. Todo ello se desarrollará más detenidamente a lo largo de este trabajo.

A la vez, se ha de aludir a la variabilidad existente entre los distintos ordenamientos islámicos a la hora de conformar esta figura, en los que cabe diferenciar diversos tipos de requisitos formales de constitución así como modalidades distintas de funcionamiento. Por ejemplo, algunos Estados (como es el caso de Irán, Mauritania o Egipto) no permiten la constitución de una *kafala* internacional, entendiendo ésta como el acogimiento de un menor marroquí por parte de una persona extranjera. En cambio, otros sí admiten dicho acogimiento internacional, siempre y cuando los padres de acogida sean

de religión islámica o se conviertan a ella (como en Marruecos, Pakistán, etc.). Por último, cabe señalar que no dejan de existir ordenamientos jurídicos de países islámicos que, entre las instituciones de protección del menor reconocen, junto a la *kafala*, la institución de la adopción, como es el ejemplo de Indonesia o de Túnez (Calvo, 2008; Diago, 2010).

En sus aspectos metodológicos, el presente trabajo tendrá en cuenta, en primer lugar, la normativa marroquí reguladora de la *kafala*, así como el análisis de los distintos perfiles con que se presenta dicha institución en su país de origen. Asimismo se tendrán en cuenta las referencias normativas internacionales y estatales que afectan a la regulación de las medidas de protección. La primera de ellas viene constituida por la Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, sobre los derechos del niño, cuyo artículo 20 dispone que:

Los niños que, temporal o permanentemente, se encuentren privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado, y se les garantizarán, entre otros cuidados, la colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico, la adopción o, de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores.

Este convenio, del que forma parte Marruecos, adopta un enfoque universal, reconociendo la *kafala* como una institución de protección del menor, la cual viene a llenar el vacío de la inexistencia de la adopción en dichos países islámicos.

Una segunda referencia tiene que ver con que el Derecho marroquí sólo permite la constitución de una medida de protección, como una adopción internacional o una *kafala*, cuando se haya constatado la ausencia de disponibilidad de una familia alternativa para el niño en su propio país de origen. Este principio es conocido como el *principio de subsidiariedad* (artículo

17 de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño), el cual atribuye al país de origen del menor la obligación de responsabilizarse de éste, exigiéndole a las autoridades competentes que se priorice la colocación del mismo en su propia familia extensa (siempre y cuando sea posible) o en una familia ajena residente en el mismo país. De ser así, se le evitará al menor que sufra las respectivas secuelas indeseadas derivadas de la institucionalización prolongada e indefinida en centros y orfanatos (artículos 20, 21 y 25).

Por tanto, de acuerdo con dicho principio, tanto la adopción internacional como la *kafala* serían la última medida de protección de menores que habría de considerarse en dichas situaciones de desprotección e inasistencia, siempre y cuando se constate previamente la imposibilidad de colocar al desamparado en su propio núcleo familiar o, en su caso, en una familia de la misma nacionalidad que el menor.

Será preciso tener también en cuenta los principios recogidos en el Convenio de la Conferencia de La Haya, de 29 de mayo de 1993. Este Convenio regula, entre otras cuestiones, la competencia y cooperación entre las autoridades centrales de cada país para la constitución de una adopción internacional, así como las condiciones y los requisitos exigidos para su reconocimiento. De esta manera, el criterio más destacado en el que se basa dicha normativa es el de *residencia habitual del menor* (artículo 5), por lo que las competencias sobre la protección de la infancia quedan atribuidas a las autoridades de la residencia habitual del menor, en lugar de asignárselas a las autoridades de su país de origen, para así poder asegurar y garantizar la protección del menor en dicho país de residencia (Quiñones, 2009). De todas formas, se ha de indicar que Marruecos aún no forma parte de este convenio; igualmente, éste sólo se aplica a las adopciones plenas y a las adopciones simples, es decir, a todas aquellas instituciones en las que se establezca un nuevo vínculo de filiación entre el adoptado y el adoptante, independientemente de si se rompen o no los

vínculos de filiación con la familia de origen (artículo 2.2). Por ello, al ser la *kafala* una institución que no crea un vínculo de parentesco entre ambas partes (como se verá en el siguiente apartado), ésta queda excluida de dicho convenio (Carrillo, 2003; Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales, en el apartado III).

Asimismo, en el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la Ley aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, se hace alusión a la *kafala* en el artículo 3, apartado e, al incluir ésta dentro del ámbito de aplicación de las medidas recogidas en dicho convenio. De igual manera, en el artículo 33 se manifiesta brevemente la cooperación entre los dos Estados involucrados en la constitución de la *kafala*:

Quando la autoridad competente en virtud de los artículos 5 a 10 prevea la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal por *kafala* o por una institución análoga, y esta colocación o este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado contratante, consultará previamente a la Autoridad Central o a otra autoridad competente de este último Estado. A este efecto le transmitirá un informe sobre el niño y los motivos de su proposición sobre la colocación o el acogimiento.

En el Derecho de fuente estatal, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional, reconoce la adopción y la *kafala* como dos instituciones independientes, siempre y cuando sean asumidas por la autoridad pública competente como medidas de protección internacional del menor (Quiñones, 2009). Esta Ley en su artículo 3 pretende conjugar los principios y valores de la Constitución Española y de los instrumentos internacionales sobre adopción, como son la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y

el Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, a los que nos acabamos de referir.

El objetivo de este trabajo es identificar cuál es el tratamiento o recepción que se hace en España de las *kafalas* constituidas en Marruecos, a fin de averiguar tanto los problemas que se producen con la continuidad de las relaciones jurídicas una vez que las situaciones traspasan las fronteras, como comprobar el respeto a los principios de protección del menor que emanan de la Constitución Española y de los convenios internacionales que nos obligan. Se pretende por un lado, determinar qué respuesta ofrece nuestro ordenamiento jurídico en el caso de que un menor sea acogido bajo el título de una institución extranjera desconocida en nuestro sistema de Derecho, como es la *kafala* y, por otro, solventar los problemas que puedan derivarse de ello una vez que sus protagonistas se encuentran en suelo español.

Se trata de un análisis que resulta necesario como consecuencia de la divergencia existente entre el Derecho español y el marroquí a la hora de establecer la medida más apropiada para los menores que se encuentran en una situación de desamparo (De Verda, 2010). Así en España, se entiende que la mejor medida a aplicar en dichos casos es la integración del menor en una familia, con el fin de crear nuevos vínculos de filiación entre ambas partes, rompiendo de esta manera con los lazos ya existentes con su respectiva familia de origen. La institución que reúne todas estas características es la adopción, no diferenciando actualmente entre adopción simple y adopción plena desde la aparición de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, la cual viene a modificar el Código Civil.

Por otro lado, en Marruecos, la medida de protección más idónea en dichos casos de inasistencia es la *kafala*, entendiéndose ésta como un mero acogimiento familiar según el Derecho español. De esta manera, queda patente la ausencia de creación de nuevos vínculos de parentesco entre los implicados,

tal y como se va a desarrollar en el siguiente apartado. Siendo así, ésta no se podrá considerar una adopción internacional, conforme con el artículo 1.2 de la Ley 54/2007 para la aplicación de la misma [1].

1. Contenido de la *kafala*

1.1. Definición y modalidades

A fin de analizar el régimen jurídico de la *kafala*, se ha de hacer mención previamente a las siguientes normativas marroquíes: la Ley 15-01 relativa a la *kafala* de niños abandonados (Dahír de 13 de junio de 2002), el Código de Familia Marroquí de 2004 (*Al Mudawana*) y el Real Decreto 2/03/600, de 7 de junio de 2004, en aplicación del artículo 16 de la Ley 15-01[2].

De acuerdo con el ordenamiento marroquí, la *kafala* es una institución propia del mundo islámico en virtud de la cual el *kafil* (titular de la *kafala*) adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente del cuidado, de la educación y de la protección del menor (*makful*) como si se tratase de su propio hijo. Sin embargo, dicha institución no supone la creación de un nuevo vínculo de filiación o parentesco entre las personas involucradas, ni por tanto crea derechos sucesorios entre las mismas. De esta manera, el *kafil* ha de asumir la obligación de proveer todas las necesidades básicas del menor hasta que alcance la mayoría de edad, siendo además el responsable civil de los actos del *makful* (artículo 22 del Dahír de 13 de junio de 2002). Si en cambio se tratara de una niña, dicha manutención se prolongaría hasta que ésta contrajera matrimonio (artículo 2 y 17 del Dahír de 13 de junio de 2002, artículo 83.3 de *Al Mudawana* y el artículo 116 del Código de la Familia de Argelia).

En referencia a la responsabilidad civil, se ha de indicar que se asumirá cuando el *makful*, siendo menor de edad y conviviendo con el titular de dicha

institución, produzca un daño o perjuicio a un tercero, ya sea moral o material. Es preciso mencionar que en el Derecho marroquí, al igual que en el español, la mayoría de edad se alcanza a los 18 años, pudiéndose prorrogar la responsabilidad civil del *kafil* sobre el *makful* indefinidamente, en el caso de que éste presente alguna discapacidad. Por otro lado, se extinguirá dicha responsabilidad civil del *kafil* en relación con el menor, si éste solicita y consigue la emancipación a los 16 años por decisión judicial (Quiñones, 2009; El Khamlichi, 1982).

El juez competente de todos los asuntos y decisiones sobre la *kafala* es el Juez de tutelas, por lo que la ejecución de las resoluciones en relación con este fenómeno le corresponderá al Tribunal de Primera Instancia (artículo 14 del Dahír de 13 de junio de 2002). Dicho esto, se deduce que esta institución se ha de otorgar por decisión judicial y no mediante un acto de índole administrativa, ya que de ser así, se ofrecerán más garantías y seguridad jurídica a los interesados.

Por otro lado, la *tutela dativa* (similar a la tutela reconocida en nuestro ordenamiento jurídico) se constituye, de igual modo, por vía judicial, quedando la representación legal del menor a cargo de la persona que otorga el juez (Ley 03-70 por la que se modifica el Código de Estatuto Personal o Código de Familia *Al Mudawana*).

De acuerdo con la vigente clasificación doctrinal, se distinguen diversas modalidades en la constitución de la *kafala* (Quiñones, 2009): la *kafala intrafamiliar* (constituida por familiares de la misma nacionalidad del menor), la *kafala de terceros* (ajenos a la familia pero residentes en el mismo país) y la *kafala internacional* (en la que el *kafil* es extranjero). A su vez, éstas pueden calificarse como *kafala judicial* o *de menores abandonados* y como *kafala notarial*.

En el primer caso, la *kafala judicial*, la regulación legal viene establecida por la Ley 15-01 o Dahír de 13 de junio de 2002, que se centra exclusivamente en este tipo de modalidad, no incluyendo por tanto a las demás en las que el menor no adquiere la condición de abandonado. Por consiguiente, se le encomienda al titular de la *kafala* el cumplimiento de las obligaciones relativas a la guarda, manutención, educación y protección del menor. Estas obligaciones se extienden, como se ha indicado, hasta los 18 años de edad en el caso de los varones y hasta el matrimonio en el caso de las mujeres, pudiéndose prorrogar dicha obligación en el supuesto de que el menor sea discapacitado. Asimismo, para constituir dicha *kafala*, es necesario que el menor posea una edad inferior a los 18 años y que sea declarado en abandono, lo que sucederá cuando se desconozca su filiación, sea huérfano o hijo de padres de mala conducta. Esta modalidad suele ir acompañada de la *tutela dativa*, a través de la cual se le confiere al *kafil* la representación legal del menor por vía judicial. Por último, cabe señalar que sólo pueden solicitar la presente institución los cónyuges musulmanes o la mujer musulmana, siendo posible la constitución de una *kafala internacional* (en la que el *kafil* es extranjero) siempre y cuando estos se conviertan al Islam (Quiñones, 2009).

De acuerdo con la segunda modalidad, dicha institución puede constituirse como una *kafala* obligatoria (atribución legal de la tutela a un miembro de la familia en defecto del padre) o voluntaria y equivaler a una delegación de la responsabilidad parental por parte de los padres (*kafala notarial*). Dicha *kafala notarial* se constituye de manera privada entre las partes implicadas, por lo que no es necesario que el menor sea declarado en abandono, ya que son los propios padres los que entregan voluntariamente a su hijo; asimismo, de acuerdo con el mencionado procedimiento, los intereses y derechos del menor no quedan debidamente protegidos ni garantizados a manos de la respectiva autoridad pública competente. Por tanto, ésta no se somete a los controles exigidos por la Ley 15-01, e incluso se puede dar el caso en el que se

establezca dicha institución en ausencia de la correspondiente acta administrativa. Asimismo, cabe señalar el fenómeno conocido como *les petites bonnes* referido a aquellos menores, procedentes generalmente de las zonas más desfavorecidas de Marruecos, que son entregados voluntariamente por sus padres biológicos a otras familias, con el fin de que sean explotados, y en ocasiones maltratados, a cambio de una compensación económica. Por ello, para solventar dicha situación de desprotección, se emitió la Circular de 7 de febrero de 1996, en la que se le concede a la Fiscalía General la competencia de poder investigar sobre la idoneidad de las personas demandantes de la *kafala*, a fin de garantizar el cumplimiento de los requisitos recogidos en la Ley reguladora de los menores abandonados. Se ha de sumar a todo esto las múltiples complicaciones existentes a la hora de reconocer en el país de residencia del menor esta modalidad, ya que no existe prueba alguna que corrobore que dicha institución ha sido homologada judicialmente, ni tampoco consta ninguna autorización que permita la salida del menor del territorio marroquí y la entrada al país de residencia. No obstante, las obligaciones del *kafil* con el menor se corresponden con las anteriormente citadas en la primera modalidad.

A modo de resumen, se ha de resaltar nuevamente el respaldo legislativo con el que cuentan ambas modalidades: respecto a la *kafala judicial*, se ha de destacar la mencionada Ley reguladora de los menores abandonados (Dahír de 13 de junio de 2002); en cambio, la *kafala notarial* cuenta con la Circular de 7 febrero de 1996. Asimismo, los problemas más frecuentes a destacar en cada una de ellas serían los siguientes (Diago, 2010): por un lado, la dificultad de realizar un seguimiento de los menores cuando la *kafala* es notarial, ya que este requisito no se recoge en la citada Circular; por otro lado, la imposibilidad de realizar las investigaciones convenientes en la *kafala* judicial, en relación con la situación personal del *kafil* cuando éste es extranjero, ya que pueden

converger diversas dificultades a la hora de llevar a cabo dichas investigaciones: el acusado incremento en la demanda para solicitar una *kafala* ligado a la insuficiencia en los recursos personales disponibles por parte de las instituciones estatales, para poder realizar dicho estudio sobre el *kafil* y recoger toda la información pertinente; o la posible descoordinación entre las diversas autoridades competentes durante dicho procedimiento, por mencionar algunas.

1.2. Principios y derechos derivados de la *kafala*

Al igual que con el resto de medidas de protección de menores recogidas en las correspondientes normativas, la constitución de la *kafala* comporta la generación de una serie de derechos individuales y económicos en los sujetos implicados (Quiñones, 2009; Qamouch, 2003). En referencia a los primeros, se ha de indicar que el menor tiene derecho a la guarda y custodia por parte de los titulares de dicha institución (hasta la mayoría de edad del menor), así como a los cuidados, la educación (Berrada, 2004), el seguimiento y el control del mismo, además del derecho a la nacionalidad y al nombre.

Dicho esto, es preciso aclarar algunas cuestiones. En primer lugar, el seguimiento y control de las obligaciones de quien asume la *kafala* está ligado al Juez tutelar, de acuerdo con el papel que se le otorga a éste en las disposiciones del artículo 7 del Dahír de 13 de junio de 2002: *El Juez tutelar asegurará la tutela de los menores abandonados de conformidad con las disposiciones relativas a la representación legal previstas en el Código de Estatuto Personal y en el Código de Procedimiento Civil*. De todos modos, se ha de señalar que dicho seguimiento y control del menor acogido en régimen

de *kafala* no se lleva totalmente a la práctica, tal y como se indicará posteriormente (Quiñones, 2009).

Por otra parte, la adquisición de la nacionalidad marroquí no se le concederá al menor de oficio, sino que ha de ser demandada, ya sea por el *kafil* (en un plazo superior a cinco años) o por el *makful* (el cual deberá presentarla durante los dos años anteriores a los 18 años de edad). Para ello, se ha de cumplir con estos tres requisitos básicos: que el menor haya nacido fuera de Marruecos, que se desconozca la identidad y el paradero de sus padres biológicos, y que haya sido acogido por una persona marroquí. De todos modos, los menores no adquirirán la nacionalidad marroquí automáticamente por el sólo hecho de que el titular de la *kafala*, o el propio menor, demanden dicha petición (Quiñones, 2009), ya que el ministro de Justicia podrá oponerse a ello de acuerdo con los artículos 25, 26 y 27 de la Ley de la Nacionalidad Marroquí, promulgada por el decreto real 01/58/250 de 6 de diciembre de 1958, y publicada en el Boletín Oficial, 2394 de 12 de septiembre de 1958 [3].

Finalmente, a la hora de asignar un apellido al *makful*, algunas legislaciones islámicas autorizan al menor a llevar el apellido de quien asume dicha institución, sin que ello suponga derechos de filiación paterna (Decreto Ejecutivo nº 24/92, de 3 de enero de 1992, que complementa el Decreto nº 51/71, de 3 de junio de 1971, relativo al cambio de apellido). Anteriormente, en el Dahír de 10 de octubre de 1993, relativo a los menores abandonados, no se permitía dicha acción; en cambio, en el Dahír de 13 de junio de 2002 no se realiza ningún tipo de mención sobre este asunto.

Una vez expuestos todos los derechos individuales, quedan por mencionar los principales derechos económicos derivados de la *kafala*. Así, la manutención incluye la alimentación, el vestido, la asistencia médica y la instrucción, prorrogables tras mayoría de edad en el caso de que el menor sea discapacitado o incompetente para mantenerse por sí mismo, por no disponer

del suficiente dinero para su subsistencia; si en cambio dispone de medios o recibe una herencia o donación, dicha manutención se solventará con tales recursos. En el caso de la donación ínter vivos y herencia se estipula que si la persona titular de la *kafala* decide hacer una donación o dejarle un legado al menor, el Juez tutelar se encargará de elaborar el contrato necesario para que dicha acción pueda materializarse (artículo 23 del Dahir de 13 de junio de 2002; Qamouch, 2003).

De igual manera, la Ley 15-01 relativa a la *kafala* de los menores abandonados, recoge una serie de principios y derechos en relación con estos menores, entre los que destacan los siguientes (Charkaoui El Ghazouani, 2003):

- Principio del interés superior del menor, el cual debe orientar la actuación del Juez de tutelas.
- Racionalización del procedimiento para la declaración del abandono de los menores desamparados, por lo que, una vez recogida toda la información requerida, éste se podrá establecer de forma rápida.
- Regulación del estado civil del menor antes de que se concluya el procedimiento de la *kafala*, por el cual se le reconoce el derecho a obtener un nombre y un apellido, sobre todo en relación con aquellos casos en los que se desconozca la identidad de sus respectivos padres biológicos.
- Judicialización de la protección de los menores, de tal forma que la *kafala* de menores abandonados se podrá establecer exclusivamente esta vía.
- Principio de especialización, referido a la existencia de determinados establecimientos públicos en los que se permite ingresar a los menores

abandonados con el fin de que dispongan de todos aquellos medios y recursos necesarios, de ofrecerles una formación básica y de educarles de acuerdo con el Islam.

- Derecho del menor y de las personas titulares de la *kafala* a recibir todos aquellos subsidios y prestaciones de asistencia social que conceden a los padres por las personas que mantienen a su cargo.

2. Constitución y extinción de la *kafala*

2.1. Requisitos para la constitución de la *kafala*

Para la tramitación de la constitución de la *kafala* de menores abandonados, es necesario que el menor de 18 años posea previamente una declaración de abandono (artículo 6 del Dahir de 13 de junio de 2002). Dicha declaración tendrá lugar cuando se encuentre en una de las siguientes situaciones: que sea un menor de padres desconocidos o de padre desconocido y madre conocida que le hubiera abandonado voluntariamente; que sea huérfano o que sus padres se vean incapaces de hacerse cargo de sus necesidades básicas o no dispongan de medios para su subsistencia; o, por último, que sus padres hayan mostrado mala conducta hacia el menor, infringiendo por tanto sus deberes de protección y orientación derivados de la patria potestad (artículo 1 del Dahir de 13 de junio de 2002).

Una vez detectada la situación de desamparo, se procederá a la incoación del correspondiente procedimiento. Este proceso, por el cual un menor es declarado en abandono, es impulsado por el fiscal general del Rey en los Tribunales de Primera Instancia, consta de las siguientes fases (Quiñones, 2009):

- En primer lugar, éste ha de ordenar el acogimiento de los menores abandonados como primera medida de protección, ya sea en algún establecimiento sanitario o en centros e instituciones de protección de la infancia y asociaciones; de igual manera, dichos menores también podrán ser acogidos por una familia o mujer soltera, hasta que el Juez competente ordene la *kafala*.
- Antes de presentar la demanda de abandono, el fiscal ha de emprender todas las acciones necesarias para inscribir el nombre del menor en el correspondiente Registro Civil, ya que éste goza del derecho a poseer un nombre y un apellido, así como del derecho a que sea registrado debidamente.
- El fiscal ha de presentar en el Tribunal de Primera Instancia los resultados de la investigación llevada a cabo, con el fin de ratificar el abandono del menor. Asimismo, dicho Tribunal posee el poder de solicitar cualquier otro informe que considere necesario a fin de completar dicha investigación.
- Una vez emitida dicha declaración, ésta se ha de presentar al correspondiente Juez de menores. Durante el tiempo en que se estudia y se valora la medida de protección más idónea que se le va a conceder al indefenso de acuerdo siempre con sus necesidades y características, el fiscal podrá colocar al menor en un establecimiento sanitario, en un centro o institución de protección de menores, en el seno de una familia o a manos de una mujer soltera, siempre y cuando tales personas o instituciones cumplan las condiciones que se recogen en el artículo 9 de la Ley 15-01 (los cuales se desarrollarán a continuación).

Asimismo, tras poseer el menor su correspondiente declaración de abandono, éste podrá ser inscrito en las listas en las que incluyen a todos los menores que

se encuentran en una situación de desprotección, a esperas de una inminente asignación a un nuevo sistema familiar. Mientras, los requisitos exigidos a los interesados, recogidos en la legislación marroquí, para constituir la acogida de los menores abandonados a título de la *kafala* serían (Quiñones, 2009):

- Ser un matrimonio musulmán o una mujer musulmana (no casada o viuda), mayor de edad, con aptitud moral y social, provistos de unos medios materiales suficientes para subvenir a las necesidades de los niños (Qamouch, 2003), con ausencia de condenas por infracciones morales o contra los menores (El Youssoufi Alaoui, 2000) y libres de enfermedades contagiosas o incapacitantes para asumir las responsabilidades y obligaciones derivadas de una *kafala*. De acuerdo con la legislación marroquí, el hombre musulmán no podrá solicitar dicha institución por sí mismo (Qamouch, 2003); a pesar de ello, podrá asumir dicho cargo de manera indirecta en el supuesto de que fallezca su mujer o de que el Juez de tutelas le asigne la custodia en caso de ruptura matrimonial (tal y como se indicará más adelante). Asimismo, si la pareja ya cuenta con uno o varios descendientes, éstos han de proporcionar al menor acogido todos los medios de subsistencia y manutención necesarios, de igual manera que lo hacen con sus hijos naturales.
- Por otro lado, podrán solicitar dicha institución las personas de otra nacionalidad distinta a la marroquí, siempre y cuando se conviertan al Islam. En el caso de que los solicitantes conformen un matrimonio mixto, en el que el hombre musulmán esté casado con una mujer de otra nacionalidad, no se les atribuirá la *kafala* hasta que esta última se convierta al Islam. Dicha condición religiosa, en la cual el *kafil* necesariamente ha de ser musulmán, denota una de las finalidades señaladas de la *kafala*: educar al menor de acuerdo con la fe islámica (Diago, 2010).

- Además de todo ello, los cónyuges no deberán estar enfrentados a dicho menor o a sus padres biológicos en relación con algún asunto contencioso sometido a la justicia o algún asunto familiar que suponga algún riesgo para el menor.
- En el supuesto de que se ratifique la incapacidad e inviabilidad de la familia natural del menor para asumir la custodia del mismo, la *kafala* también se podrá otorgar a las correspondientes instituciones públicas que se ocupen de atender y cuidar a los menores, así como a entidades, organizaciones y asociaciones de carácter social, reconocidas como servicios de utilidad pública y que dispongan de los medios materiales, recursos y capacidades humanas para ejercer el cuidado de los menores, procurándoles así una buena educación y desarrollo personal de acuerdo con la fe islámica. En este caso, los únicos requisitos exigidos a dichas entidades son los siguientes: que sean reconocidas como servicios de utilidad pública (no privadas) y que dispongan de los recursos humanos y materiales necesarios para poder cumplir con sus obligaciones (El Youssoufi Alaoui, 2000; Chafi, 2007). De esta manera, las dos instituciones y organizaciones marroquíes más importantes que velan por el cuidado y protección de dichos menores son: Aldeas Infantiles Modelo y la Liga Marroquí para la Protección de la Infancia.
- Por último, todo aquel indefenso mayor de 12 años podrá comunicar libremente su consentimiento para ser acogido bajo la institución de la *kafala*. En cambio, no será necesario dicho consentimiento cuando el solicitante de la *kafala* sea un establecimiento público encargado de la protección de la infancia, un organismo, una organización o una asociación de carácter social reconocida como utilidad pública (artículo 12 del Dahír de 13 de junio de 2002).

2.2. Extinción de la *kafala*

La *kafala* no posee un carácter irrevocable ni permanente, por lo que los titulares de la misma verán finalizadas sus respectivas funciones con el *makful* en el caso de que concurra alguna de las siguientes circunstancias (Quiñones, 2009; artículo 25 del Dahir de 13 de junio de 2002):

- Cuando el joven alcance la mayoría de edad (o los 25 años si prosigue con sus estudios), excepto en aquellos casos en los que el *makful* sea una menor soltera, o un discapacitado o incapaz de hacer frente a sus necesidades.
- Por fallecimiento del menor, de ambos cónyuges o de la mujer encargada de la *kafala*. Si dicha incapacidad afecta sólo a uno de los cónyuges, el otro podrá seguir asumiendo las obligaciones derivadas de dicha acogida.
- Por disolución del organismo, institución o asociación pública encargada de la ejecución de la *kafala*.
- Por revocación judicial, en el caso de que los titulares de dicha institución no cumplan con sus obligaciones con el menor, o por el desistimiento de dicha persona. Asimismo, entre dichas razones, cabe mencionar: ineptitud moral y social, insuficiencia de medios económicos, contracción de una enfermedad contagiosa o incapacitante que les impida el ejercicio de sus responsabilidades, condena por un crimen que atente contra la moral o contra los niños, o aparición de un conflicto entre el *kafil* y el *makful* o entre el *kafil* y los padres o familia del *makful*, que pueda poner en peligro el interés del menor; se ha de tener en cuenta que cada actuación ha de ir siempre orientada en defensa de dicho interés superior del indefenso. En todos estos casos, el Juez podrá

actuar de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal. Ahora bien, dicha privación de deberes y obligaciones puede ser precedera, por lo que éstos podrán recuperar la patria potestad de su hijo mediante resolución judicial, tras la comprobación del cese de los motivos que ratificaron el abandono del menor. En el caso de que este último se negara a volver con sus padres o con uno de ellos, el tribunal decidirá la opción más adecuada actuando siempre conforme con el interés superior del menor (Quiñones, 2009; artículo 29 del Dahir de 13 de junio de 2002). Asimismo, a modo de conclusión, la atribución de la *kafala*, ya sea a una familia o a una institución pública, es una medida de protección reversible.

Una vez finalizada la *kafala*, se requerirá que nuevamente sean adoptadas medidas para su protección, al volver a encontrarse el menor en una situación de desamparo e inasistencia. Para ello, el Juez de tutelas posee la competencia de asignarle un tutor dativo, ya sea de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de cualquier otra persona interesada, de acuerdo siempre con las características y circunstancias del indefenso (artículo 28 del Dahir de 13 de junio de 2002).

Por último, en caso de ruptura del vínculo matrimonial entre los cónyuges, el Juez podrá confiar la *kafala* a uno de los interesados (otorgándole a la otra parte el derecho de visitas según el artículo 27 del Dahir de 13 de junio de 2002), adoptando siempre la medida más apropiada según las circunstancias propias de cada situación familiar (artículo 26 del Dahir de 13 de junio de 2002). Asimismo, el hombre musulmán podría asumir la *kafala* del menor si así lo recoge la correspondiente resolución judicial, en el supuesto de que ambos cónyuges se separasen. De todos modos, si éste volviera a solicitar una nueva *kafala* por él mismo, respecto a otro menor abandono, se le rechazaría conforme al artículo 9 de La Ley 15-01.

2.3. Previsiones del Derecho marroquí en el caso de que la *kafala* sea solicitada por españoles

El propio Derecho marroquí contempla ciertas particularidades en el régimen de constitución de la *kafala* cuando quienes pretendan ejercer los derechos de protección sobre el menor no sean de nacionalidad marroquí. Este procedimiento no es equiparable al exigido a los solicitantes marroquíes, al tratarse de una *kafala internacional* (Akid, 2002); no obstante, todo ello se desarrollará más detenidamente en el siguiente epígrafe.

De esta manera, se han de cumplir una serie de requisitos en la constitución de la *kafala* en Marruecos por parte de los solicitantes españoles, a fin de facilitar el posterior reconocimiento en España de dicha institución, así como de garantizar la educación del menor de acuerdo con la fe islámica y asegurar el control y supervisión de la misma por parte de las autoridades marroquíes.

Asimismo, el hecho de que la *kafala* no origine una situación de filiación entre el menor y el *kafil*, requiere que, una vez que ésta se haya constituido, la familia extranjera que se haya hecho cargo del menor (previamente declarado en abandono) tenga que solicitar la correspondiente tutela dativa al Juez de menores. Además, ésta ha de ir acompañada de una autorización ratificada por el Juez pertinente, para que la persona que ha acogido al niño pueda sacarlo de Marruecos y establecerse con él permanentemente en su país de residencia. Así, de esta manera, el artículo 24 de la Ley nº 15-01 deja la posibilidad de que los menores marroquíes puedan ser acogidos por personas de otra nacionalidad, siempre y cuando reúnan los requisitos recogidos en la normativa marroquí [4].

Una vez establecidos el *makful* y la familia acogedora en el respectivo país extranjero, el Juez ha de obtener periódicamente información detallada sobre la

estancia del menor, con el objetivo de establecer un seguimiento de su situación a través de los cónsules marroquíes establecidos en el país de residencia del menor, para así poder comprobar si se cumplen con las obligaciones que figuran en el artículo 22 del Dahír de 13 de junio de 2002. No obstante, hay datos acerca del incumplimiento de este seguimiento de la *kafala* por parte de las autoridades marroquíes (si bien está recogido explícitamente en los artículos 19 y 24 de dicho Dahír), ya sea por la distancia entre el consulado y el lugar de residencia de la familia de acogida, o porque en la mayoría de los casos, el titular de la *kafala* suele transformar dicha institución en una adopción simple o en una adopción plena conforme con el ordenamiento jurídico de dicho país de residencia; por consiguiente, a partir de ese momento, el menor marroquí pasaría a estar sujeto a dicha ley (Quiñones, 2009; Berrada, 2004).

De todos modos, de acuerdo con la Circular del Ministerio de Justicia de 1 de junio de 2003, el Juez, antes de ejecutar dicha autorización para que el menor abandone el territorio marroquí, deberá asegurarse de la existencia de un convenio o acuerdo judicial con el país de residencia que permita y reconozca el régimen de la *kafala*, pudiendo solicitar un certificado expedido por las autoridades de dicho país que confirme que la situación jurídica del menor será estable (Quiñones, 2009). De ser así, se evitarán problemas de reconocimiento de dicha institución en el nuevo país de residencia, así como la incoación de ulteriores procedimientos judiciales por parte de los tribunales extranjeros con el fin de retirarle el cuidado del *makful* a los titulares de la *kafala*, al no respetar éstos las disposiciones legales recogidas sobre la regulación de la adopción.

Si por el contrario, la familia acogedora extranjera elige libremente residir en Marruecos una vez constituida la *kafala*, los efectos legales más relevantes que se derivan de tal decisión son los siguientes (Quiñones 2009): por un lado, dichas personas quedarán sometidas al Código de Estatuto Personal de

Marruecos, por lo que a partir de ese momento todos sus asuntos jurídicos (excepto aquéllos que se desarrollen en el propio país: herencias, afiliación a un partido...) se establecerán de acuerdo con el ordenamiento jurídico marroquí, ya que el Juez musulmán no puede aplicar otra ley distinta a la ley islámica; por otra parte, deberán respetar los requisitos y formalidades recogidos en el Código de Familia (Ouhida, 2007): así, por ejemplo, han de conocer y acatar tanto el artículo por el cual queda estrictamente prohibido el matrimonio de una mujer con un hombre no musulmán, como el artículo 9 del mismo Código en relación al matrimonio, en el que se recoge que *se contrae matrimonio mediante el consentimiento de los dos cónyuges, la presencia del tutor matrimonial de la esposa y de dos testigos y la constitución de una dote*. En definitiva, a partir de dicha toma de decisión, la familia extranjera ha de asumir todos los efectos legales derivados del Código de Familia marroquí.

2.4. Fases de la constitución de las *kafalas* marroquíes solicitadas por españoles

Según se indica desde el Servicio de Protección de Menores de Granada — lugar de referencia en este texto para la exposición del proceso— de la Consejería de Bienestar e Igualdad Social sobre el procedimiento de la *kafala*, las competencias para la constitución de la misma recae sobre cada Comunidad Autónoma, por medio de esta Consejería. Ésta, a su vez, delega dicha responsabilidad a la Dirección General de Infancia y Familias de Sevilla con el fin último de derivar dicho poder a las distintas Delegaciones Provinciales. Asimismo, en Granada, es a través del Departamento de Acogimiento Familiar y Adopción del Servicio de Protección de Menores, por el cual se abre el respectivo expediente, se reciben las solicitudes y se realizan todos los trámites.

De esta manera, de acuerdo con las disposiciones de la legislación marroquí mencionada anteriormente (Dahír de 13 de junio de 2002) y una vez delimitadas las competencias de las distintas autoridades implicadas en el procedimiento de la *kafala*, se inicia un proceso en dos fases: la primera, consiste en la apertura del expediente y la valoración de idoneidad de los interesados; a continuación, se ha de pasar a la tramitación de la solicitud de la *kafala* que ha de llegar a Marruecos a través del mismo expediente abierto en la primera fase.

De manera más detallada, y en cuanto a la primera fase, es decir, a la solicitud de la *kafala* en la comunidad autónoma correspondiente, la obtención del certificado de idoneidad y la preparación del expediente, ha de indicarse que, una vez abierto el expediente, el técnico responsable del referido Servicio de Protección de Menores deriva los solicitantes a una entidad de mediación en la integración familiar y protección de menores (en el caso de Granada a Institución Colaboradora de Integración Familiar ALDAIMA), a fin de formar y valorar a los implicados para realizar el correspondiente informe sobre la idoneidad de los mismos. Dicho informe es transmitido a la Comisión Provincial de Valoración de Idoneidad, el cual semanalmente emite las respectivas resoluciones de idoneidad de cada solicitante. Esta resolución es enviada a la Dirección General de Infancias y Familias de Sevilla para que los respectivos técnicos legalicen los informes psicosociales y presenten el correspondiente certificado de idoneidad, para conseguir así una validación internacional de la citada resolución.

Dicho expediente consta de una serie de documentos públicos y privados. Los públicos incluyen el certificado de idoneidad y los informes psicosociales legalizados en Sevilla, documentos que son enviados nuevamente al Servicio de Protección de Menores para que se los haga llegar a Marruecos. Por otro lado, los documentos privados son tramitados por los mismos demandantes,

los cuales se encargarán de hacerlos llegar al país de origen del menor, e incluyen: una solicitud por escrito donde el solicitante se comprometa a asumir el cuidado, la protección, la educación y la manutención del menor de igual modo que lo haría un padre con su hijo; un certificado de domiciliación; copia del documento de identidad nacional; certificado médico en el que se atestigüe la ausencia de enfermedades contagiosas o incapacitantes para asumir su responsabilidad; copia de los antecedentes penales de los interesados por parte del país de residencia de los mismos, en el que se plasme la ausencia de condenas, de manera conjunta o separada, por infracciones contra la moral o contra los menores; un documento acreditativo de los ingresos del solicitante; copia de la partida de nacimiento del solicitante que pruebe su mayoría de edad; copia del acta de matrimonio de los esposos y el acta de conversión al Islam para lo extranjeros no musulmanes que solicitan la *kafala*.

De esta manera, dicho expediente, con sus respectivos documentos públicos y privados, será recibido en el orfanato donde reside el menor abandonado. Asimismo, se pasará a establecer un primer contacto telefónico con las personas responsables de la adopción internacional de los centros de acogida de menores en Marruecos, o en su caso las personas que coordinen las listas de espera para familias españolas. Según la ciudad y el centro escogido, habrá que esperar un tiempo determinado para poder viajar al país y proceder a la constitución de la *kafala* y de la tutela dativa. No obstante, hay que recordar que es un Juez, y no la dirección de estos centros de acogida, el único que puede asignar dicha institución a los implicados.

En cuanto al referido requisito de la conversión al Islam y el certificado de alojamiento, el solicitante extranjero de una *kafala* de un menor abandonado ha de abrazar la fe islámica a través del correspondiente acto administrativo, ante la presencia de dos notarios y dos testigos. De igual manera, los interesados han de presentar un certificado en el que se ratifique la domiciliación de dicho

matrimonio en Marruecos. Estos dos requisitos son exigidos tanto por la Circular de 1983 como por el artículo 7 de la Ley 165/93, modificada por la Ley nº 15-01, de 13 de junio de 2002.

En un segundo momento o fase se procederá a la solicitud de la *kafala* que debe ser presentada al Juez de tutelas en el Tribunal de Primera Instancia, junto con todos los documentos públicos y privados del susodicho expediente; además se ha de adjuntar una copia de la partida de nacimiento del menor abandonado.

Una vez examinados los documentos, el Juez ordenará la realización de la correspondiente investigación, a fin de comprobar la certeza de la información recibida, así como las circunstancias en las que se ejercerá la *kafala* del menor. De esta manera, se procederá a entrevistar a la familia, a través de la autoridad local, la autoridad gubernamental de la infancia y de asuntos islámicos, el ministerio público y el asistente social del centro de acogida, para averiguar el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la Ley marroquí, los cuales quedan ya mencionados en su correspondiente apartado (artículo 16 del Dahir de 13 de junio de 2002). Por lo tanto, cada autoridad mencionada elaborará su correspondiente informe, para desembocar así en un informe final, el cual deberá certificar, o no, la aceptación y viabilidad de la solicitud de la *kafala*.

En el caso del que el menor obtenga varias demandas de *kafala* por distintas familias, el Juez determinará cuál es la más adecuada de acuerdo con las características y circunstancias del *makful*, concediéndole prioridad a los cónyuges que no tengan hijos a su cargo o a aquéllos que le puedan ofrecer mejores condiciones de vida al menor (artículo 10 del Dahir de 13 de junio de 2002); por tanto, según esta normativa, queda prohibido atribuir la *kafala* de un menor a varias familias conjuntamente (artículo 13 del Dahir de 13 de junio de 2002). De todos modos, se ha de señalar que el hecho de que los cónyuges tengan a su cargo a uno o a varios hijos naturales, no supone un obstáculo

para la constitución de la *kafala*, siempre que todos esos hijos puedan beneficiarse por igual de los medios de que dispone la familia (artículo 11 del Dahír de 13 de junio de 2002).

Una vez emitido el informe favorable por parte de la Fiscalía, el secretario del Juez redactará una orden de asignación para que la firme el Magistrado. Consecuentemente, el Fiscal citará a los representantes del ministerio público, de la autoridad local y al asistente social, a fin de proceder con la ejecución de dicha orden, que consiste en un atestado de entrega del menor a la familia, por el cual abandonará definitivamente el centro de acogida en el que residía, quedando así la responsabilidad absoluta del mismo en manos de dicha familia acogedora.

Asimismo, se procederá a redactar la correspondiente acta de entrega, en la que se ha de recoger la identidad de la persona encargada de la *kafala*, la del menor, la de las personas que hayan asistido a este acto, así como el lugar y la hora en la que se haya producido. Ha de ser firmada por el agente de ejecución y por el *kafil*, el cual podrá estampar su huella dactilar en el caso de que no supiera firmar; se levantarán tres ejemplares de la misma, entregando una de ellas al *kafil*, otra al Juez de tutelas y la última se adjuntará al expediente de ejecución (artículo 18 y 24 del Dahír de 13 de junio de 2002). De igual manera, la resolución emitida por el Juez de tutelas ha de incluir la designación de la tutela dativa a la persona encargada de la *kafala*, de acuerdo con el artículo 17 del Dahír de 13 de junio de 2002.

Por otra parte y a petición de los interesados, el Juez de menores podrá remitir una autorización para que el *makful* abandone el territorio marroquí en compañía del *kafil*. Dicha autorización será confiada por el Juez de tutelas en el Tribunal de Primera Instancia. Durante dicho procedimiento, es necesario haber aportado previamente (o en el mismo momento) el certificado que confirme el amparo del menor a su llegada a España (emitido por el Servicio de

Protección de Menores de la respetiva comunidad autónoma), y el reconocimiento de la *kafala* en dicho país, con el fin de evitar posibles situaciones de desprotección una vez instalados en el país de acogida (Boletín nº 50 S 2, de 1 de junio de 2003).

Mientras que, a su vez, el magistrado se encargará de realizar un seguimiento de dicha medida de protección en todos los casos constituidos (ya resida el menor dentro o fuera de Marruecos), para así asegurarse de que el *kafil* cumpla con las obligaciones que le corresponden (artículo 22 del Dahír de 13 de junio de 2002). Para ello, podrá ordenar las investigaciones que considere oportunas tanto al Ministerio Público, a la autoridad local, así como a la asistente asignada legalmente para dicha misión y, consecuentemente, la revocación de la *kafala* y la adopción de otra medida de protección con el menor. No obstante, dicha resolución del Juez podrá ser recurrida en el tribunal competente (artículo 19 del Dahír de 13 de junio de 2002).

Se suman a los anteriores los requisitos para la obtención del pasaporte y las correspondientes legalizaciones en cascada, tanto en el Tribunal de Primera Instancia, así como en Rabat y en el Consulado español. En el caso del visado, los técnicos competentes del Consulado de España en Marruecos pedirán un certificado médico del pediatra que consideren oportuno, en el que se ha de adjuntar análisis clínicos del menor.

De igual manera, para dicho trámite, se ha de incluir la siguiente documentación: certificado de idoneidad; informe psicosocial; copia del documento nacional de identidad o copia de la tarjeta de residente comunitario; libro de familia; pasaporte del menor; tres fotografías de éste; impreso de la solicitud del visado cumplimentada; certificado de la declaración de abandono del menor; acta del asistente social de entrega del menor; acta de otorgamiento de la tutela dativa constituida ante el Juez del tribunal de primera instancia; autorización del Juez de tutelas para que el menor viaje fuera del territorio

nacional y conviva o resida habitualmente con la familia acogedora en el extranjero; acta de nacimiento del menor; compromiso escrito del *kafil* ante el consulado para asumir la obligación de subvenir a su alojamiento, manutención, cobertura económica y asistencia sanitaria; legalización de todos los documentos ante los ministerios de Justicia y Asuntos Exteriores, así como en el consulado de Marruecos en España; traducción al árabe de los documentos legalizados; e informe positivo de la delegación de gobierno correspondiente.

3. Régimen jurídico del desplazamiento a España del menor sometido a *kafala*

En el caso de que el menor acogido en *kafala* vaya a residir en territorio español, uno de los puntos importantes a tener en cuenta viene constituido por el régimen jurídico a que se somete su desplazamiento a España. En este punto resulta de interés distinguir dos situaciones diferentes en función de la intervención o no de los padres biológicos del menor, de cara a presentar la documentación necesaria para preparar dicho desplazamiento y de conocer las exigencias que se han de cumplir (Quiñones, 2009).

En el primer caso, cuando la *kafala* se constituya a manos de la autoridad judicial o administrativa sin intervención de los padres biológicos del menor se le atribuirá al titular de la misma la representación legal del menor, otorgándole por tanto la correspondiente tutela dativa. Así, dicha acogida en territorio español adquirirá un carácter permanente. En esta situación, el desplazamiento internacional del menor a España queda sometido a la tramitación de un visado de residencia por reagrupación familiar, regulado por el artículo 17, de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su

integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. En él se otorga el derecho a dicha reagrupación a todos aquellos menores de 18 años o incapaces, siempre y cuando el residente extranjero sea su representante legal.

Cuando la petición del visado para entrar en España se refiere a un menor extranjero procedente de Marruecos, con el fin de pedir la reagrupación familiar, el Juez ha de tener presentes varias cuestiones antes de conceder dicha petición. En este sentido, la instrucción de la Dirección General de Inmigraciones de 27 de septiembre de 2007 ha determinado la situación familiar asimilable a la *kafala*, concluyendo que cuando se solicite un visado para la entrada en España de un menor extranjero procedente de un país de tradición jurídica coránica, a partir de una *kafala* no constituida por los padres biológicos del niño y habiendo intervenido en el procedimiento una Autoridad pública, ya sea administrativa o judicial, en orden a la protección del interés del menor, se considerará que el citado documento sí establece entre el ciudadano español, o el extranjero residente en nuestro país, y el menor extranjero un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa (tal como se contempla, por ejemplo, en la Ley 15-01 marroquí de guarda de menores abandonados, de 13 de junio de 2002). En estos casos se considerará al ciudadano español o al extranjero residente en España representante legal del menor extranjero, razón por la cual la acogida podrá tener carácter permanente. Así lo recoge la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 2 Febrero de 2011, núm. 161/2009.

Asimismo, en el artículo 173 bis del Código Civil, apartado 2º, se manifiesta la posibilidad de que el Juez atribuya a los acogedores permanentes la tutela y la representación legal del menor. Por tanto, en estos casos, sí se aceptará la petición de reagrupación familiar y la entrega del visado para que el menor pueda trasladar su residencia a España. Así lo contemplan las siguientes

sentencias: Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 2 octubre, núm. 1591/2008; Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 25 marzo, núm. 280/2011; Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª), de 11 septiembre, núm. 1324/2008; Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª), de 2 Octubre de 2008, rec. 744/2007; y Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 3 abril, núm. 589/2008.

En conclusión, cuando la *kafala* de un menor se constituye a través de una autoridad pública, administrativa o judicial (es decir, que no se trate de una *kafala* intrafamiliar), con su correspondiente tutela dativa (ya que el menor ha sido declarado en situación de abandono), se puede considerar al ciudadano español o al extranjero residente en España representante legal del menor, razón por la cual la acogida adquiere un carácter permanente y sería válida, por tanto, la vía de la reagrupación familiar para que éste pudiera trasladar su residencia a España junto con el *kafil*, de acuerdo con lo recogido en el artículo 17.1, letra c, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Por lo tanto, si se reúnen todos estos requisitos, el Juez marroquí le concederá al menor el visado para que pueda salir del país.

Por otra parte, cuando el menor no fuera huérfano o éste estuviera sometido a una tutela ordinaria, además de otorgarse la *kafala* por la autoridad pública, sería preciso que, previamente, se hubiera declarado (también por autoridad administrativa o judicial) el desamparo del menor. De ser así, esta situación podría asimilarse al acogimiento familiar ya que dicha declaración de desamparo conlleva la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria [5]. Por tanto, la persona a la que se le hubiera confiado la guarda del menor,

sería su representante legal, por lo que, durante ese tiempo, el menor también podría residir en España a través de la figura de la reagrupación familiar.

Finalmente, si el menor marroquí no está incluido en la disposición adicional vigésima del apartado 1º, letra c, del Reglamento de Extranjería aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009, pero su representante legal sí es nacional español o residente europeo, se le aplicaría la Ley de Extranjería, por lo que la documentación que ha de presentar el reagrupante es la recogida en el artículo 42 del apartado 2º del mismo Reglamento. De todos modos, se ha de contar con la posibilidad de que el menor obtenga una autorización de residencia temporal, en el caso de que se cumplan los requisitos del artículo 94 del apartado 2º de dicho Reglamento de Extranjería, independientemente de los requisitos legales y reglamentarios que se reunieran, con el único fin de obtener una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales y por razones humanitarias.

Existe una segunda situación constituida por todos aquellos casos en los que la *kafala* se establece bajo la intervención de los padres, por lo que el *kafil* no ostentará la representación legal del *makful*, quedándole sólo la guarda o custodia del mismo, sin crear la *kafala* una relación equivalente a la tutela dativa. Por ello, la entrada del menor en el territorio español tendría que someterse a lo dispuesto en el artículo 187 y 188 del Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se sanciona el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en referencia al programa de desplazamiento temporal de los menores extranjeros. Por lo tanto, el visado de estancia del menor (con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones) requerirá

autorización expresa de quien ejerza la patria potestad o tutela (que no será el titular de la *kafala*), así como el informe previo favorable del Subdelegado del Gobierno, cerciorándose así de que la familia o persona que acoja al menor exprese por escrito su compromiso de favorecer el retorno de éste a su país de origen. Conjuntamente, han de pronunciar su conocimiento explícito sobre la imposibilidad de convertir dicha acogida en una adopción.

Asimismo, en relación con la adjudicación de la reagrupación familiar a los menores que han sido entregados voluntariamente por sus padres al titular de la *kafala*, al no consentir nuestro Ordenamiento Jurídico actos dispositivos de los padres sobre el derecho-función de la patria potestad, ya que la patria potestad se ha de ejercer siempre en beneficio del menor y comprende los deberes y facultades de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarle, educarle, procurarle una formación integral, representarlo y administrar sus bienes (artículo 154 del Código Civil), no se considerará la posibilidad de otorgarle dicha reagrupación familiar al *kafil*. El ejercicio de dichos deberes y facultades no se considera facultativo, sino obligatorio e irrenunciable, lo que impide a su vez el abandono de la patria potestad; de esta manera, ésta sólo se podrá extinguir o suspender por causa legal [6]. Por lo tanto, en estos casos, no será admisible la reagrupación familiar, aunque se podrá otorgar la exención del visado y la autorización de residencia, siempre y cuando tenga un carácter temporal, simplemente por razones humanitarias (artículo 17.1, letra e, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social). Con ello, la entrada del menor a territorio español estará determinada por lo dispuesto en los artículos 187 y 188, anteriormente mencionados, de dicho Reglamento de extranjería. De esta manera, así lo refleja la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 10 Julio de 2008, núm. 865/2006. De igual manera, en las siguientes sentencias se recogen casos afines al citado anteriormente: Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de

lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 5 Junio de 2008, núm. 610/2006; Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 16 junio, núm. 816/2009; Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 9 Julio de 2009, núm. 327/2008; y Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 5 junio, núm. 996/2008.

Bibliografía (I)

Akid, M. "Sobre el ordenamiento jurídico marroquí", *Revista del Tribunal*, Tribunal de Primera Instancia de Ramani, nº2, 2002.

Berrada, S. *La kafala de menores a los que los padres han renunciado. Entre la teoría y práctica*, Encuentros y Jornadas de Estudio, Serie Seminarios, nº 5, 2004, p. 190-208.

Calvo, A. L. y Carrascosa, J. *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Madrid, 2008, p. 309-311.

Calvo, F. y cols. *Regulación de la Adopción Internacional*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2007, p. 90.

Carrillo, B. L. *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993*, 2003, p. 54 y 161.

Chafi, M. *La kafala de los menores abandonados*, Serie de Investigaciones Jurídicas 14, Marrakech, 2007, p. 39.

De Verda, J. R. "Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico kafala". *Diario la Ley*, Nº 7393, Editorial La Ley, Valencia, 2010, p. 2.

Diago, M.P. “La kafala islámica en España”. *Cuaderno de derecho transnacional*, Vol. 2, nº 1, 2010, p. 142-150.

Charkaoui El Ghazouani, N. *La Ley de kafala de niños abandonados*, Ed. Dar Assalam, Rabat, 2003.

El Khamlichi, A. *La responsabilidad civil de los padres con respecto a sus hijos menores*, Editorial Al Maarif, 1982, p. 194 y ss.

El Youssoufi Alaoui, M. A. *La kafala del menor abandonado*, tesina de estudios superiores en Derecho Privado, Facultad de Derecho Agdal-Rabat, 1999-2000, p. 69-78.

Esteban de la Rosa, G (coord.), *Regulación de la adopción internacional*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2007, p. 84-113.

Ouhida, J. *Mecanismos de conflicto de normas en derecho privado internacional marroquí*, Al Maarif al Jadida, Rabat, 2007, p. 117.

Qamouch, A. “La kafala de los menores abandonados”, *Revista del Tribunal*, Tribunal de Primera Instancia de Ramani, nº 2, 2003, p. 115-178.

Quiñones, A. *Kafala y Adopción en las Relaciones Hispano-Marroquíes*, Editorial FIIAPP, Madrid, 2009.

Notas

[*] Licenciada en Psicología. Máster en criminalidad e intervención social en menores. Universidad de Granada.

Contacto con el autor: vanesacr87@hotmail.com

Agradecimientos. Mi más sincera gratitud para el profesor Fernando Esteban de la Rosa por su guía, apoyo y confianza en mi trabajo, ya que sus ideas, reflexiones y participación activa han contribuido a enriquecerlo.

[1] Artículo 1.2 de la Ley 54/2007: *Se entiende por adopción internacional el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptados.*

[2] Artículo 1 del Real Decreto núm. 2/03/600, de 7 de junio de 2004, en aplicación del artículo 16 de la Ley 15/01 relativa al acogimiento familiar permanente (kafala) de menores abandonados:

La comisión estipulada en el artículo 16 de la Ley 15/01 citada supra estará compuesta por los siguientes miembros: el fiscal general del Rey en el tribunal de primera instancia; el administrador de bienes habices, legados píos y asuntos islámicos que corresponda al lugar del residencia del menor; un representante de la autoridad local del lugar de residencia del menor; y una asistente social nombrada por la autoridad gubernamental encargada de la infancia.

[3] Artículo 25:

Las solicitudes y declaraciones presentadas para adquirir, perder, renunciar o recuperar la nacionalidad marroquí se dirigirán al Ministro de Justicia y se acompañarán de los certificados, documentos y justificantes para así poder atestiguar que cumplen las condiciones legales requeridas y para determinar si dicha concesión está justificada desde el punto de vista nacional.

Artículo 26: *Si la solicitud no cumple las condiciones legales, el Ministro de Justicia declarará su no aceptación mediante una resolución fundamentada.*

Artículo 27: *El Ministro de Justicia resolverá las declaraciones en el plazo de un año a contar desde la fecha que conste oficialmente en la declaración, considerándose la falta de resolución durante dicho plazo equivalente a oposición.*

[4] Artículo 24 del Dahir de 13 de junio de 2002, párrafo primero:

La persona que asume la kafala podrá abandonar el territorio de Marruecos en compañía del menor acogido con el fin de instalarse de manera permanente en el extranjero, previa autorización del juez tutelar, y por el interés de las partes.

En caso de obtener la autorización del juez, se remitirá una copia de los servicios consulares marroquíes del lugar de residencia de la persona encargada de la kafala, con el fin de seguir la situación del menor y de controlar la ejecución por esta persona de las obligaciones previstas en el artículo 22.

[5] Artículo 172.1 del Código Civil:

Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.

[6] Artículos 169 y 170 del Código Civil: *Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, por la adopción del hijo o por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad o dictada en causa criminal o matrimonial.*