

Régimen jurídico de la *kafala* marroquí en el Derecho español (y II) [*]

Vanesa Caballero Ruiz [**]

4. Eficacia extraterritorial de la *kafala* constituida en Marruecos en el sistema español de Derecho internacional

4.1. Eficacia extraterritorial en España de la *kafala* constituida en Marruecos

Una vez expuestas las previsiones del Estado de Marruecos sobre los requisitos y cautelas obligadas en todos aquellos casos en los que la *kafala* es ejercida por un ciudadano extranjero, así como los efectos legales más sobresalientes en relación con dichos acogedores que deciden residir en el territorio marroquí, cabe señalar en el presente apartado, los efectos derivados de la constitución de la *kafala* en el país de origen de los demandantes extranjeros.

Existen por tanto diferentes modalidades de *kafalas* que requerirán, como se tratará de mostrar a continuación, de diversos tratamientos en función de su posible reconocimiento en España.

Como sabemos, tanto la Convención de Derechos del Niño como el Convenio de la Haya reconocen la *kafala* como una medida de protección de la infancia, alternativa a la adopción, ya que esta última queda prohibida en la legislación islámica; además, se ha de indicar que es el Convenio de la Haya, de 19 de octubre de 1996, el que incluye la *kafala* dentro de su ámbito de aplicación

(artículos 3 y 33). Asimismo, a la hora de reconocer esta institución en nuestro ordenamiento jurídico, se tendrán en cuenta dos niveles: el formal y el material.

4.1.1. Desde un punto de vista formal. La eficacia de este reconocimiento dependerá de la valoración que se le otorgue en España a todos aquellos documentos marroquíes que se presenten en el propio territorio español (Quiñones, 2009). Siendo así, se ha de realizar un control de regularidad, de carácter formal, sobre los requisitos procesales de tal resolución. De igual manera, se ha de reconocer la autenticidad del documento, determinando así la legalización del mismo (artículo 323.2 LEC), la traducción al idioma oficial español (artículo 144 LEC), así como la acreditación del carácter público de la autoridad que intervino en la constitución de dicho acto y la competencia de la misma (artículo 323.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

Dicha valoración formal se ha de realizar de acuerdo con los dos ámbitos normativos recogidos en nuestro sistema de Derecho internacional privado:

- El plano supraestatal. Se ha de tener en cuenta que no existe ningún convenio multilateral que vincule España con Marruecos, ya que los países musulmanes aún no se han incorporado al de la Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación internacional en materia de adopción internacional. De todos modos, sí existe un convenio bilateral entre España y Marruecos, firmado el 30 de mayo de 1997 en Madrid, referente a cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, en el que se regula el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales, sentencias arbitrales y documentos auténticos, denegando sólo aquellas que sean contrarias al orden público del Estado (artículos 23 y 30 del mismo). De todos modos, se ha de indicar que la *kafala*, a pesar de ser una institución no reconocida en el Derecho español, no es contraria a nuestros principios

básicos (Diago, 2010), como es el caso de la poligamia (ya que en ésta sí se vulnera el principio de igualdad, considerándose contrario a la dignidad de la mujer). Asimismo, señalar que el reconocimiento en Marruecos de una adopción constituida ante autoridad española presenta más problemas (dado que no se reconoce la adopción en el mundo musulmán) que el reconocimiento en España de una *kafala* establecida ante autoridad marroquí. Por tanto, el presente convenio bilateral es el que se aplica generalmente para el reconocimiento de la *kafala*, siempre y cuando no se vulneren el orden público del país de residencia.

- En cambio, en defecto del reglamento supraestatal, dicha valoración se ha de efectuar conforme a las normas de nuestro sistema de Derecho internacional privado, según los artículos 25-31 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre adopción internacional, en los que se establecen los efectos en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras. Asimismo, de dichos artículos se extraen los dos requisitos básicos para valorar la viabilidad de estas adopciones en nuestro ordenamiento jurídico: que sean constituidas por las autoridades extranjeras competentes y conformes con las normas de conflicto de dicho país. De igual modo, dicho control de validez le corresponde a la autoridad pública española competente, concretamente al Encargado del Registro Civil, pudiendo ser inscrita dicha adopción en el citado registro cuando los adoptantes residan en España. De todos modos, es en el artículo 34 de la misma ley donde se hace mención a la *kafala*, tal y como se indica a continuación.

4.1.2. Desde el punto de vista material. El reconocimiento de la *kafala* se puede determinar mediante el estudio de los efectos que ésta produce en nuestro ordenamiento jurídico. Dicho reconocimiento queda sometido a un control de la competencia internacional del juez de origen y a un control de la ley aplicada por la autoridad que ha constituido la *kafala* (según el Derecho español). Para ello, se ha de verificar el foro de competencia judicial internacional en el que se basó la autoridad extranjera, o comprobar el control del ordenamiento aplicado para la constitución de la *kafala*. Ambos aspectos serán abordados según el artículo 34 de la Ley de Adopción Internacional, en el que se manifiesta el reconocimiento de aquéllas que no establecen un vínculo de filiación entre ambas partes, como si se tratara de un acogimiento familiar, siempre y cuando dichos efectos derivados no sean contrarios al orden público español y se cumplan con los requisitos exigidos por dicho artículo, los cuales se mencionarán posteriormente, al desarrollar de una forma más amplia las condiciones para poder establecer la equiparación de la *kafala* al acogimiento (Quiñones, 2009) [1].

De esta manera, para que la autoridad extranjera se pueda considerar internacionalmente competente ha de reunir los siguientes requisitos: ser una autoridad pública y ajustarse a los foros de competencia internacional previstos en sus propias normas de Derecho internacional privado, de acuerdo con dicho artículo 34 de la Ley sobre Adopción Internacional. Esta idea, aunque en un principio pueda resultar primordial e incuestionable, según Santiago Álvarez, se lleva a la práctica de manera bastante discutible. Por ello, este autor reivindica que:

No se han de utilizar los foros de competencia judicial internacional de nuestros juzgados y Tribunales para llenar de contenido los «contactos razonable» a los que alude el Proyecto. No son razonables para determinar la competencia de

nuestras autoridades ni tampoco para medir la competencia de las autoridades extranjeras, ya que con ello, no se garantiza la protección del menor.

Indicaría así que el hecho de que la autoridad extranjera ante la que se constituyó la adopción o la *kafala* respete las normas extranjeras sobre competencia judicial internacional y sobre Ley aplicable no es condición suficiente para determinar la validez y eficacia de la misma en dicho país de origen, ya que pueden coexistir otros aspectos que sí vulneren el resultado de tal valoración. Además, en el caso de que, durante el correspondiente procedimiento de constitución, la oportuna autoridad extranjera aplique una ley distinta a la recogida en las normas de conflictos o en el supuesto de que concurra la ausencia de la competencia judicial internacional, pueden no ser razones suficientes para que el país donde se constituyó la adopción ratifique la invalidez de la aludida institución.

No obstante, aunque dichas objeciones no dejan de ser una crítica más sobre las condiciones exigidas para el reconocimiento de las adopciones o de las *kafalas* constituidas por autoridades extranjeras, estos dos requisitos resultan imprescindibles para poder establecer el reconocimiento de la misma en nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de ello, dichas críticas invitan al lector a reflexionar sobre las lagunas e incongruencias que contiene la presente normativa.

De todo lo anteriormente expuesto se concluye, pues, que el problema del tratamiento de la *kafala* en el Derecho español radica fundamentalmente en que es una institución desconocida en nuestro sistema jurídico. En consecuencia, una vez valorado y admitido dicho reconocimiento a nivel formal en España (de acuerdo con el referido convenio bilateral), se han de determinar los efectos que se despliegan en el *makful* a consecuencia de la *kafala* (nivel material), con el fin último de poder incluir dicha institución en el Registro Civil.

Para ello, se ha de valorar una posible asimilación de la *kafala* con alguna institución española recogida en nuestro ordenamiento jurídico, con el fin de sustituir aquella primera por esta otra medida de protección reconocida por nuestro Estado de Derecho (Diago, 2010). Parece ser que dicha sustitución podría establecerse, únicamente, con la adopción, el acogimiento o la tutela. No obstante, dadas las características de cada una de ellas, en comparación con la *kafala*, no se podrá realizar la susodicha operación. Este impedimento es debido a la falta de convergencia entre el Derecho de familia español y el marroquí:

- A pesar de que la adopción y la *kafala* cumplen con las mismas funciones asistenciales, en aquélla, al contrario que en esta última, sí se crean vínculos de filiación entre los implicados, al igual que se incluye el derecho de sucesión. De todos modos, este punto se desarrollará más detenidamente en el siguiente epígrafe.
- La existencia de ciertas similitudes básicas entre la *kafala* y el acogimiento no se consideran suficientes como para poder establecerse la correspondiente sustitución entre ambos, ya que en este último el compromiso de las funciones de la persona acogedora con el joven connota un menor grado de implicación. Además, en ésta, se ha de sumar también el derecho, de la familia acogedora, sobre la petición de la tutela dativa con la correspondiente adjudicación de la representación legal del *makful* (no incluida en el acogimiento), velando así por sus asuntos personales, su formación, su educación religiosa, su reinserción en la sociedad y la correspondiente administración de sus bienes. De igual modo, el cese de la *kafala* se ha de producir por decisión judicial, no pudiéndose extinguir a petición de los titulares de la misma; en cambio, en el acogimiento basta con una simple comunicación a la

entidad correspondiente para que se produzca el cese del ejercicio de las respectivas funciones con el menor (Diago, 2010).

- Por último, la tutela ordinaria es una institución que se ejecuta en ausencia de la patria potestad de los padres, con la finalidad de suplir la capacidad de obrar del menor. En el caso de que el menor sea declarado en abandono, dicha tutela le corresponderá automáticamente a la Entidad pública, pudiendo ésta tomar medidas de reinserción social, acogimiento o adopción. Ahora bien, en el artículo 239 del Código Civil se recoge que:

Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste.

Siendo así, cabe preguntarse si dicha tutela ordinaria puede sustituirse por la *kafala notarial*, la cual posee un carácter intrafamiliar y se constituye con menores no abandonados. Consecuentemente, en dicha modalidad la capacidad de obrar del menor está sustentada por los padres biológicos del mismo, no por el *kafil*, ya que son aquéllos los que poseen la representación legal del menor. De igual manera, se ha de indicar que en la *kafala judicial*, la tutela dativa y, con ella, la representación legal del menor, no siempre se le adjudica al *kafil*, sino que se puede dar el caso en el que se le encomiende a una tercera persona. Por todo ello, dicha sustitución entre ambas instituciones carece de sentido (Diago, 2010).

Asimismo, una vez descartada la posibilidad de reemplazar la *kafala* por alguna de las instituciones mencionadas, cabría otra solución: reconocer los efectos que se derivan de su constitución en el Derecho español, para después

establecer la equiparación con una institución jurídica española que cumpla una función similar. Este hecho no significa que se realice una sustitución plena entre ambas figuras jurídicas (que es lo que se pretendía anteriormente), ya que de ser así, una vez constituido dicho reemplazo, los efectos desplegados del mismo serían los derivados del Derecho español, pudiendo ser éstos contrarios al Derecho marroquí, al no corresponderse con los primeros efectos asociados a la *kafala*.

De esta manera, a través de la técnica jurídica de *calificación por función*, propia del Derecho internacional privado (aludida en dicha Resolución-Circular de 15 de junio de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado), y según el artículo 34 de la Ley 54/2006 puede entenderse que esta institución desconocida para el Ordenamiento jurídico español, tiene una función similar al acogimiento familiar según del Derecho español, en el cual el menor participa plenamente en la vida de la familia acogedora, otorgándose a los mismos las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral; además, en dicho artículo de la Ley 54/2006 también se prevé la posibilidad de equiparar la mencionada institución a una tutela, en tanto en cuanto se le otorgue al *kafil* la tutela dativa del menor. Asimismo, se puede establecer una posible equiparación entre la *kafala* y alguna de las dos modalidades de acogimiento que se recogen en el artículo 173 del Código Civil (De Verda, 2010):

- Por un lado, con el acogimiento simple, en el caso de que se considere que la *kafala* tiene un carácter transitorio, ya sea porque se prevea una inminente reinserción del menor en su propia familia biológica, o porque se haya admitido dicha medida de protección mientras se busca la aprobación de otra más estable.

- Por otro lado, con el acogimiento permanente, en el caso de que ésta adquiera tal carácter y la situación del menor lo permita.

Por tanto, dicha técnica consiste en hacer un análisis de la función que cumple la *kafala* en el Derecho marroquí, para poder así buscar, en el Derecho español, alguna institución que cumpla con una función similar (Carrillo, 2003).

Los requisitos que han de concurrir para que se pueda equiparar la *kafala* al acogimiento familiar, según dicho artículo 34 de la Ley sobre Adopción Internacional, son los siguientes (Calvo, 2008 y Esteban de la Rosa, 2007):

- Equiparación funcional de la *kafala* con el acogimiento familiar o con la tutela del Derecho español: el objetivo es facilitar la posterior constitución de la adopción *ex novo* del *makful* por parte de las respectivas autoridades españolas, lo que evitaría pasar por la correspondiente fase administrativa exigida para este procedimiento o por todas las propuestas previas demandadas, “en caso de llevar más de un año acogido el menor bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo” (artículo 176.2.3 del Código Civil).
- Determinar la competencia de la autoridad extranjera pertinente, ya sea ésta judicial o administrativa.
- Control de la ley aplicada: es decir, la *kafala* se ha de constituir conforme a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto de dicho país extranjero. No obstante, tal y como se indicó anteriormente, según Santiago Álvarez, este requisito no es suficiente para determinar la eficacia de la adopción, pudiendo además resultar absurdo el establecer una doble vía de control, tanto por parte del propio país de origen del menor como por parte del sistema de Derecho español, ya

que no es nuestro deber convertirnos en vigilantes de ordenamientos jurídicos extranjeros sin legalidad alguna.

- Control formal: la *kafala* debe estar recogida en un documento que reúna todos los requisitos formales de autenticidad y de legalización; asimismo han de estar traducidos al idioma español oficial, para así evitar falsificaciones y fraudes documentales.
- Respeto al orden público internacional español: no se deben menoscabar los principios básicos de la estructura jurídica española, ni manifestar efectos contrarios a dicho orden público internacional español.

Una vez realizada tal equiparación de la *kafala* con el acogimiento familiar regulado en los artículos 173 y 173 bis del Código Civil, ésta se podrá inscribir en el Registro Civil según lo establecido en los artículos 1 y 15 de la Ley de Registro Civil, ya que, a partir de ese momento, se entiende que se ha producido una situación de acogimiento que ha de ser recogida a través de un documento auténtico que lo ratifique como tal (Quiñones, 2009). Todo ello, se va a desarrollar más detenidamente en el siguiente apartado.

Por último, dicho reconocimiento supone una serie efectos en el sistema jurídico español como, por ejemplo, la inscripción en el Registro Civil, la adquisición de la nacionalidad española, la concesión de la tutela de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico y la prestación de orfandad (Benhssain, 2004).

4.2. Efectos de la *kafala* en el sistema jurídico español una vez que ha sido reconocida

4.2.1. Inscripción en el Registro Civil. En España la *kafala* nunca podrá ser equiparable a la adopción, ya que no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los miembros, no implica alteración en el estado civil de éstos y sólo alcanza a establecer una obligación personal en la que el *kafil* se ha de hacer cargo del menor atendiendo a sus necesidades de manutención. A pesar de ello, el hecho de que las *kafalas* no sean reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico como adopciones, no significa que éstas no surtan efectos legales en España, siempre y cuando hayan sido válidamente constituidas por la autoridad extranjera pertinente.

Esta doctrina se ha consagrado con la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales. Establece que, según la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, “para la inscripción en el Registro español de las adopciones constituidas en el extranjero, el Encargado del Registro apreciará la concurrencia de los requisitos del artículo 9 nº5 del Código Civil” [2]. Concretamente, dichos requisitos, tal y como se ha citado anteriormente, se podrían resumir en los siguientes: competencia de la autoridad extranjera, control de la ley estatal aplicada, equivalencia de efectos entre la adopción extranjera y la adopción regulada en España, exigencia del certificado de idoneidad español para ciertos adoptantes, consentimiento de la entidad pública correspondiente en caso de adopción de un español y regularidad formal del documento donde consta la adopción. Asimismo, una adopción puede ser válida pero no accesible al Registro Civil en el caso de que no haya sido constituida en España, el adoptado y el adoptante no sean españoles, o no se haya obtenido el certificado español de idoneidad de los susodichos adoptantes domiciliados en nuestro país.

Por otro lado, la postura de la Dirección General de Registros y del Notariado, de 14 de mayo de 1992 (Ley 7949/1992), a la hora de reconocer en España aquellas adopciones constituidas en el extranjero en las que subsisten vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen, como es el caso de la *kafala*, consiste en denegar la inscripción de dichas instituciones en el Registro Civil como si se tratara de una adopción, al no ser equiparables los efectos que produce la *kafala* con los que se derivan de una adopción regulada en el Derecho español, según se recoge en el artículo 9.5 del Código Civil (Carrillo, 2003).

No obstante, según la Resolución Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de junio de 2006, la institución objeto de estudio puede ser reconocida en nuestro país e inscrita en el correspondiente Registro Civil, no como una adopción, sino como un acogimiento familiar, mediante la aplicación de la técnica jurídica *calificación por función*.

4.2.2. Adquisición de la nacionalidad española. De acuerdo con la mencionada Resolución-Circular, el adoptado adquirirá la nacionalidad española cuando se trate de una adopción plena, excluyéndose en las adopciones simples y en las *kafalas*. Asimismo, al no ostentar, los titulares de la *kafala*, la patria potestad del menor, éste no podrá optar por la nacionalidad española según el artículo 20.1 del Código Civil (“posibilidad prevista para los menores sometidos a la patria potestad de un ciudadano español”), o el artículo 19.1 (“sujeto adoptado por un español”). Consiguientemente, de acuerdo con las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se ha de diferenciar si el *kafil* es, o no, un ciudadano español:

- En el caso de que lo sea, el *makful* conservará su propia nacionalidad ya que, como bien sabemos, la *kafala* no establece ningún vínculo de

filiación entre las partes [3], por lo que esta figura no puede concebirse como una adopción, ni puede inscribirse en la lista de actos que detalla el artículo 1º de la Ley del Registro Civil [4]; en cambio, cuando el menor es adoptado por un español, aquél adquirirá la nacionalidad española desde ese mismo momento, de acuerdo con el artículo 19 del Código Civil. Por tanto, al no permitir la *kafala* la opción a la nacionalidad española, sólo se podrá adquirir en aquellos supuestos en los que fuere posible la constitución de la adopción *ex novo* una vez ubicados en territorio español, conforme a las normas de Derecho internacional privado (Quiñones, 2009).

- En el caso de que el *kafil* sea extranjero y adquiriera posteriormente la nacionalidad española por residencia, cabe preguntarse si el menor podría adquirir dicha nacionalidad conforme al ya citado artículo 20.1 del Código Civil. Según dicho artículo y la Resolución-Circular de la Dirección General de las Resoluciones del Registro Civil y del Notariado de 1 de febrero de 1996 (Ley 6513/1996) y de 21 de marzo de 2006 (Ley 48211/2006), se deniega dicha posibilidad, al sentenciar que no basta con que un matrimonio se haga cargo de la educación y de la custodia del menor para que éste adquiera la nacionalidad, ya que se considera necesario la creación de unos nuevos vínculos de filiación entre los implicados.

No obstante, se le podría conceder al menor la nacionalidad española por residencia, de acuerdo con el artículo 22 del Código Civil, en el caso de que éste haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento durante el trascurso de dos años consecutivos, a cargo de una persona adulta de nacionalidad española [5].

4.2.3. Concesión de la prestación de orfandad. El artículo 9.8 del Código Civil establece que “la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren”. De ser así, se entiende que se aplicará la ley marroquí sucesoria a todos aquellos menores en los que su respectivo *kafil* fuera marroquí, y la ley española en el caso de que éste tuviera dicha nacionalidad.

No obstante, se ha de indicar que, actualmente, el acogimiento familiar permanente no incluye la citada prestación, con independencia de otras ayudas que se puedan otorgar a dichos perjudicados. De todos modos, el art. 22 de la Ley reguladora de la *kafala* establece que “la persona que asegura la kafala le corresponden las indemnizaciones y subsidios familiares concedidos a los padres por el Estado, las instituciones públicas o privadas o las colectividades locales y sus agrupaciones”.

Teniendo en cuanta dicha premisa y dado el heterogéneo tratamiento que soporta la filiación natural o adoptiva en relación con el acogimiento permanente, podría valorarse la posibilidad de estar ante una situación clara de vulneración del principio de igualdad ante la ley. Para solventar dichas discrepancias, se ha de tener en cuenta que se trata de dos situaciones distintas, ya que una y otra figura obedecen a conceptos afines pero diferenciados. De esta manera, “la igualdad sólo es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable”.

Consecuentemente, los familiares de los extranjeros sometidos a una ley personal, que no reconozca la institución de la adopción como tal (como es el caso de Marruecos), se hallan en una situación clara de desventaja, ya que éstos se encuentran en peores condiciones para prestar asistencia al menor *makful* en comparación con sus hijos naturales o demás hijos adoptivos

(nacionales o extranjeros, que sí posibilite su propia ley personal los consiguientes efectos jurídicos de la adopción plena). Así, la prestación de orfandad sólo se les concede a los hijos naturales y adoptivos, gracias a que éstos sí poseen vínculos de filiación con sus representantes; por ello, la *kafala* se encuentra exenta de dicha prestación.

Esta estricta interpretación puede ser corregida al considerar que la regulación aplicable no contiene una diferenciación expresa entre los hijos, al declarar lo siguiente: “cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación” (art. 175 de la Ley General de la Seguridad Social). Atendiendo a dicha interpretación, ésta no se puede calificar de contundente ni restrictiva, al incluir la expresión “cualquiera que sea”. Además, el término “naturaleza legal” se ha de dilucidar en el sentido de naturaleza jurídica, la cual podría referirse tanto a la filiación ilegítima cuanto a la ilegal. Lo que sería acorde con lo recogido en la Constitución sobre la no discriminación por razón de filiación (artículo 39.2 de la Constitución Española). De esta manera, la pensión de orfandad se entiende como una prestación contributiva y compensadora de una pérdida considerable de ingresos al fallecer el trabajador cotizante, en relación con los menores dependientes.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que la *kafala* no puede asimilarse a la adopción, ya que con ella no se produce ningún vínculo de filiación jurídicamente equivalente al natural, por lo que ésta produce menos efectos favorables a dicho menor en comparación con los hijos adoptivos. De igual manera, tampoco puede compararse de manera estricta, por razones inversas, al acogimiento, ya que la *kafala* produce mayores efectos favorables a dicho menor que el propio acogimiento. Así, la *kafala* no se puede equiparar aisladamente con la adopción o el acogimiento, sino que dicha comparación ha de hacerse al conjunto “adopción-acogimiento”, para efectuar una asimilación funcional menos drástica.

Asimismo, podemos hacer una comparación de la *kafala* y la adopción en tanto en cuanto ambos constituyen dos supuestos de protección del menor por quien no tiene un vínculo de filiación natural con él, actuando a título propio y no en representación del vínculo parental. Consecuentemente, resulta injustificado denegar la correspondiente pensión de orfandad a los menores que se encuentren en esta situación (artículos 10 y 14.1 de la Ley Orgánica 4/2000 [6], relacionados a su vez con el artículo 9.4 del Código Civil [7]).

Por otro lado, el trasfondo del artículo 14 de la Constitución Española se enlaza con el contenido de los artículos 39.2 y 39.3 de la misma ley, que obliga a los poderes públicos a asegurar “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación, y a los padres a prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio”. Asimismo, toda resolución que quebrante con lo establecido en dichos artículos, conlleva una discriminación de los menores por razón de nacimiento (explícitamente prohibida en el referido artículo 14 de la Constitución Española).

Por tanto, conforme con dicho principio recogido en la Constitución Española, la desigualdad en el trato de todos aquellos menores que su ley personal no permita establecer un vínculo de filiación con la persona acogedora, produce una evidente situación de desventaja y de desigualdad en dicho menor extranjero.

4.2.4. Concesión de la tutela de acuerdo con el Derecho español. Primero, se ha de indicar que, según el artículo 231 del Código de Familia de Marruecos (*Al Mudawana*), el tutor de un menor será su padre por excelencia. En cambio, si éste ha fallecido o ha perdido su capacidad, asumirá dicho cargo su madre. En tercer lugar, el tutor testamentario se apropiará de dicho poder, siempre y

cuando haya sido designado por el padre, la madre o la persona a quien delegue.

Por otro lado, la institución de la tutela en el ordenamiento jurídico español es una cuestión de orden público que regula nuestro Código Civil:

La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad; la tutela y demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste. Sin embargo, las medidas provisionales o urgentes de protección se regirán por la ley de su residencia habitual (art. 9.1).

Además, debemos tener en cuenta que tal y como establece el artículo 9.6 del mismo código, “las formalidades de constitución de la tutela y demás instituciones de protección en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas se sustanciarán, en todo caso con arreglo a la Ley española”. Del mismo modo se recoge en el artículo 1 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes.

Asimismo, a la hora de constituir la tutela de un menor de nacionalidad marroquí, se ha de diferenciar, por un lado, el hecho de que el procedimiento de dicha constitución y las formalidades pertinentes sean las recogidas por la ley española y, por otro lado, que se vaya aplicar el Código Civil español. Por lo tanto, tal y como se ha indicado, para el tratamiento de estos casos se ha de acudir siempre a la ley personal del menor, esto es, a su propia ley marroquí.

No obstante, para las formalidades de la constitución de la tutela y demás instituciones de protección en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas, se aplicará en todo caso la ley española. Por ello, siendo el menor de nacionalidad marroquí, la tutela y demás instituciones de protección se regirán por su ley personal, por lo que es inapropiado solicitar la

constitución de la tutela conforme a la ley española, sólo porque éste resida en España.

Igualmente, dicha Ley española se podrá aplicar exclusivamente a los menores que se encuentren en una situación de desamparo, privados de toda asistencia moral o material a fin de adoptar la correspondiente medida de protección con el menor, conforme con el artículo 172.1 párrafo segundo del Código Civil. Además, sólo se admitirá la constitución de la tutela en el caso de que los menores no estén emancipados, y que la *kafala* no esté constituida por parte de sus progenitores (es decir, que se trate de una *kafala intrafamiliar*) ya que, de ser así la representación legal del menor seguirá manteniéndose por parte de sus padres al ostentar éstos la patria potestad de su hijo.

Asimismo, dicha petición de la tutela ha de ir precedida de la correspondiente declaración de privación de la patria potestad.

En consecuencia, no se podrá admitir la petición en todos aquellos casos en los que el menor extranjero aún conserve la patria potestad de sus padres, por contradecir no sólo la legislación propia sino también la del propio país de origen del menor. Por ello, no es posible que un menor mantenga al mismo tiempo la potestad de sus padres y la tutela a cargo de una tercera persona, como es el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), de 17 mayo, Auto núm. 116/2011:

Al no estar privados de la patria potestad los padres de la menor, aunque ésta resida en España con su hermana desde julio de 2002 bajo el título de la *kafala*, dicha menor no se encuentra en ninguno de los supuestos del artículo 222 del Código Civil [8]. Por tanto, no se le podrá aplicar el artículo 223 de dicho Código [9], ya que los derechos y deberes inherentes a la patria potestad no pueden ser objeto de convenio entre las partes.

5. Posibilidad de convertir la *kafala* en adopción

5.1. Régimen jurídico de la conversión de la *kafala* en adopción

En referencia a la conversión de la *kafala* en adopción a través del mecanismo que consagra el artículo 30 del apartado 4º de la Ley de Adopción Internacional de 2007 para las adopciones simples o menos plenas (Quiñones, 2009), se ha de indicar que no sería posible reconocer dicha institución como una adopción plena ni convertirla a ella, ya que la *kafala* ni siquiera se puede considerar como una adopción simple, dada su naturaleza jurídica.

La adopción simple se podría definir como un estatuto jurídico similar al de las relaciones paterno-filiales, salvo en los siguientes aspectos: a) se puede revocar, ya sea por el adoptado o el adoptante; b) el adoptado puede seguir manteniendo vínculos jurídicos con su familia biológica, independientemente de los nuevos vínculos de filiación originados entre el menor y el adoptante; c) el menor no goza de los mismos derechos que en la adopción plena, ya que en ésta sí se le reconoce el derecho al orden sucesorio; y d) es posible que dicha adopción simple haya sido constituida ante una autoridad extranjera que carezca de carácter judicial.

De esta manera, se podrá convertir en una adopción plena en tanto en cuanto se acepte la irrevocabilidad del proceso y la total ruptura de los vínculos jurídicos del hijo adoptivo con su familia biológica. No obstante, actualmente no existe dicha institución en el Sistema de Derecho español, desde la aparición de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la cual se modificó el Código Civil.

Por lo tanto, la única salida posible para reconocer la *kafala* como una adopción es a través de la constitución de la adopción *ex novo* ante la autoridad judicial española, conforme con el artículo 17.1 de la Ley 54/2007, siempre y cuando el menor resida en España en el momento del

establecimiento de la adopción o vaya a ser trasladado a este país a fin de establecer definitivamente su residencia.

Esta acción conlleva la iniciación del procedimiento de adopción ante el Juez español, mediante la aplicación de nuestro ordenamiento jurídico. Los criterios de competencia judicial de los Tribunales españoles para constituir la adopción *ex novo* de la *kafala* quedan reflejados en el artículo 14 de la Ley 54/2007, de 28 diciembre sobre Adopción internacional, en el que se dispone:

con carácter general, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la constitución de la adopción:

- a) Cuando el adoptando sea español o tenga su residencia habitual en España.
- b) Cuando el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España.

Por tanto, de acuerdo con el contenido de la citada legislación, en aquellos supuestos en los que se plantee la posibilidad de constituir la adopción *ex novo* de un *makful* residente en España, los Tribunales españoles poseen una íntegra competencia en dichos asuntos, debiendo aplicar por tanto la correspondiente Ley española, siempre y cuando el adoptando resida o vaya a residir en territorio español [10]. Consecuentemente, a partir de ese mismo momento, el menor adquirirá la nacionalidad española, en virtud de dicha adopción (art. 19.1.b).

Según lo mencionado hasta el momento, en nuestro país, el optimizar la protección del menor venido en *kafala* exige no cerrar completamente la posibilidad de la adopción (cuando sea solicitada), ya que permite la plena integración del menor en la familia de acogida (Quiñones, 2009). Dicha regulación la encontramos en las normas del Derecho internacional privado

(que regulan la adopción), y en el Derecho material español competente (en el que tienen competencias las comunidades autónomas), ya que nuestro sistema no ha previsto los requisitos *ad hoc* necesarios en referencia con este asunto. Por lo tanto, dicha adopción ha de ser solicitada por el *kafil* y constituida por el Juez español de acuerdo con dicho sistema de Derecho internacional privado, y con las garantías del Derecho material que exija el ordenamiento aplicable; de igual modo, se podrá aplicar las normas materiales especiales de Derecho internacional privado cuando la ley de la autoridad de origen del menor prohíba su adopción.

El principal criterio que se ha de considerar, a la hora de constituir en España la adopción del *makful*, habrá de ser el propio interés del menor y la optimización de su protección, que se evaluará en función de la gravedad de la situación de riesgo originada en el país de residencia (artículos 20 y 22 de la Ley 54/2007 sobre Adopción Internacional).

De esta manera, a la hora de constituir dicha adopción en territorio español, se ha de diferenciar aquellos casos en los que la *kafala* se refiere a un menor declarado en situación de abandono y puesto bajo la tutela pública en su país de origen, de aquellas otras situaciones en las que se trata de una *kafala* familiar, en la que el menor deja en Marruecos a su familia biológica para residir definitivamente en España con un consanguíneo. Así, durante el procedimiento en nuestro país pueden darse las siguientes situaciones:

- En el caso de que se trate de una *kafala* familiar y el menor no esté declarado en situación de abandono por las autoridades marroquíes, sería necesario recabar el consentimiento de sus progenitores. Se añaden los problemas relativos a las personas que deben aportar dicho consentimiento, ya que la madre no posee la tutela o patria potestad sobre el menor (la representación legal no es compartida entre ambos

cónyuges, ya que sólo le corresponde al padre) [11]. Esta situación genera serios problemas en tales *kafalas* intrafamiliares (Quiñones, 2009).

- Por otro lado, cuando el *makful* es declarado en abandono en su país de origen, y el *kafil* posee la tutela dativa, y con ello la representación legal del menor, la *kafala* podría desembocar en una posible adopción una vez establecidos en territorio español (Quiñones, 2009). Asimismo, al considerar a dicho titular representante legal del menor, se aplicará la excepción recogida en el artículo 176 del Código Civil [12] en relación con la propuesta de iniciación del expediente de adopción y la solicitud del certificado de idoneidad: “no se requiere tal propuesta cuando en el adoptando concurra la circunstancia de llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo”. Todo ello queda establecido en la Fiscalía General del Estado, Circular núm. 8/2011 de 16 noviembre. Sin embargo, existe cierta contradicción en la jurisprudencia española en relación con este tema, ya que en algunas resoluciones se hace patente la indispensabilidad de la solicitud de dicho certificado de idoneidad por parte de los demandantes.
- Otra situación posible a la hora de constituir la adopción *ex novo* de las *kafalas*, es aquella en la que los adoptantes son de nacionalidad marroquí y no se descarta que el menor vaya a vivir a caballo entre España y Marruecos. En este caso, la constitución de la adopción de un menor acogido mediante la *kafala* podría ser ineficaz o claudicante, es decir nula para el país de origen del menor, Marruecos (Quiñones, 2009). Asimismo, se aplicará la ley nacional del adoptando y no la ley sustantiva española en los siguientes casos: cuando éste tuviera su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de

la adopción, o cuando el menor no adquiere la nacionalidad española (en virtud de la adopción) aunque resida en España (artículo 19 de la Ley 54/2007 sobre Adopción Internacional).

De esta manera, la Ley 54/2007 se pronuncia expresamente, al exponer que se atenderá a la “nacionalidad española anticipada” del menor, para así poder descartar su ley nacional, cuando al menos uno de los futuros padres adoptivos fuera español; es decir, cuando se entiende que el menor adquirirá la nacionalidad española con la adopción, al poseer dicha nacionalidad uno de los padres adoptivos [13]. Se ha de indicar que dicha Ley concurre con el contenido recogido en el artículo 9.5 del Código Civil.

- Otro supuesto reconocido en referencia a este tema es aquél en el que los adoptantes se componen por un matrimonio mixto residente en España (la mujer española y el marido originario de otro Estado miembro de la Unión Europea). En este caso, aunque el *kafil* no sea español, al poseer su esposa la nacionalidad española, ésta se le cedería al menor, una vez configurada la adopción. Para ello, la ley nacional del marido tampoco debe de prohibir la constitución de la adopción *ex novo* de los menores acogidos mediante la *kafala*. Consecuentemente, en dicha situación, sí se le otorgaría la adopción al menor, siempre y cuando se reúnan los demás requisitos exigidos por la Ley (Quiñones, 2009).

5.2. El régimen de conversión según las Comunidades Autónomas

Por último, para cerrar este apartado, se ha de indicar que, en España, cada Comunidad Autónoma tramita el proceso de constitución de la adopción internacional y de la *kafala* de acuerdo con la legislación pertinente, como

queda reflejado en los artículos 148 y 149 de la Constitución Española. Concretamente, en el artículo 149.8 se expone:

El Estado tendrá la competencia sobre la Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.

Por lo tanto, para constituir dicha adopción *ex novo* de acuerdo con la legislación española, se aplicará el Código Civil por excelencia, excepto en aquellas Comunidades Autónomas que posean legislación propia, como es el caso de Cataluña, en la cual se aplicará el *Codi de Família (Llei 9/1998, de 15 de julio)*, artículos 115 y siguientes.

Por consiguiente, se pueden observar ciertas divergencias entre Comunidades, en relación con algunas condiciones exigidas durante el procedimiento de las adopciones y de las *kafalas*. Así, en Cataluña se acepta recurrir a la adopción plena nada más llegar con el niño, mientras que en Madrid se establece la necesidad de esperar un año. Igualmente, hay Comunidades que aceptan que los padres titulares de la *kafala* sean los que presenten el certificado de idoneidad y el informe psicosocial y, en cambio, hay otras, como la de Madrid, que lo tramitan a través del Ministerio de Exteriores a nombre del director del centro de acogida de Marruecos.

6. Análisis de la congruencia en el tratamiento de la *kafala* entre el Sistema de Derecho español y el Derecho marroquí

Una vez determinada, por un lado, la regulación de la *kafala* en el sistema marroquí y, por otro, la regulación y el reconocimiento de ésta en territorio español, cabe detenerse e indagar sobre la posible congruencia entre ambos sistemas en el tratamiento de la institución objeto de estudio.

De acuerdo con el contenido desarrollado en el presente trabajo, la *kafala* no produce vínculos de filiación entre las partes, ya que la adopción, tal y como se entiende en nuestro ordenamiento jurídico, no se reconoce en Marruecos. Consecuentemente, dados los efectos que ésta despliega en el Derecho marroquí, nuestro sistema de Derecho reconoce la *kafala* como un acogimiento familiar, a partir de la semejanza entre ambas instituciones. De esta manera, para convertir una *kafala* en una adopción es necesario que ésta se constituya *ex novo* de acuerdo con la legislación española, siempre y cuando se compruebe la irrevocabilidad del procedimiento para así evitar la existencia de una situación jurídica ineficaz y claudicante para el ordenamiento jurídico marroquí.

Por otro lado, el artículo 22 del Dahir de 13 de junio de 2002, manifiesta el derecho de las personas titulares de la *kafala* a beneficiarse de todas las indemnizaciones y subsidios sociales correspondientes. Del mismo modo, se puede afirmar que en España se cumple con este derecho, incluso a la hora de otorgar una pensión de orfandad al menor *makful*, siempre y cuando se entienda que la *kafala* cumple con la misma función asistencial que la adopción, a pesar de que aquélla no permite la creación de un nuevo vínculo de filiación entre ambas partes.

Por último, se ha de indicar que los requisitos exigidos por Marruecos en relación con la expedición del convenio o acuerdo judicial con el país de residencia del *kafil* que permita y reconozca el régimen de la *kafala*, o el seguimiento y control de la situación del menor por parte del consulado marroquí en territorio español, no se llevan a la práctica en la totalidad de los casos. Sobre todo, se ha de tener en cuenta la dificultad de llevar a cabo dicho seguimiento y control cuando los titulares de la *kafala* constituyen la adopción *ex novo* del menor de acuerdo con la legislación española. Consecuentemente, en el caso de que se produzca dicha conversión, se observaría cierta discontinuidad en la relación jurídica establecida entre los citados Estados.

7. Alternativas al tratamiento actual de la *kafala* en el Sistema español del Derecho Internacional privado: breve análisis de Derecho comparado

Dadas las múltiples casuísticas derivadas de la constitución de la *kafala* y del posterior reconocimiento y conversión de la misma en las diversas naciones extranjeras, resulta interesante analizar los ordenamientos jurídicos de los países colindantes, a fin de recabar las heterogéneas soluciones convenidas en el Derecho comparado, siendo Bélgica y Suiza las que ofrecen soluciones más elaboradas.

Por tanto, al estudiar el ordenamiento jurídico español en relación a las legislaciones de otros países en este asunto cabe apreciar las siguientes singularidades (Quiñones, 2009):

- En Italia, existe un acuerdo bilateral con Marruecos, elaborado en el 2003 e inspirado en el Convenio de la Haya de 1993, en el que se establece una equivalencia entre la *kafala* y la adopción simple, al

entender que en ambas instituciones no se prevé la interrupción de las relaciones entre el menor y su familia de origen, por lo que el menor seguirá conservando sus apellidos y su nacionalidad. No obstante, se ha de tener en cuenta que, al contrario de la *kafala*, en la adopción simple se le permite al menor abandonado adquirir una nueva filiación con la familia acogedora. De esta manera, se pretende solventar toda la confusión existente a la hora de reconocer la *kafala*. Por otro lado, se ha de indicar que en España, este acuerdo carecería de sentido ya que la adopción simple desapareció en nuestro ordenamiento jurídico a raíz de la reforma de la Ley de Adopción de 1987, si bien aún siguen vigentes las constituidas con anterioridad a esa fecha.

- En Francia, según el artículo 370-3 del Código Civil francés, no podrá establecerse la adopción de un menor acogido bajo el título de la *kafala* si la ley personal del menor se lo prohíbe, salvo en el caso de que haya nacido o resida habitualmente en territorio francés. Este precepto denota la gran severidad del Derecho francés respecto de este tema. Aun así, cabría la posibilidad de valorar la conversión de la *kafala*, si no se prevé una adopción claudicante inminente o cuando lo inspire el interés superior del menor. No obstante, esta solución recogida en el estatuto personal es, literalmente, “más pensada que vivida” (Quiñones, 2009).
- En el Reino Unido, el Juez aplica su propia ley nacional en aquellos casos en los que se ratifica su respectiva competencia para constituir una adopción internacional, ya que éste posee el poder necesario para considerar la no aplicación de todas aquellas legislaciones extranjeras fundamentadas en motivos religiosos. Asimismo, se aplicará la Ley del Foro “Adoption and Children Act” de 2002. De esta manera, según la jurisprudencia vigente respecto de este tema, se refleja la dispensabilidad del consentimiento de las autoridades del país de origen

del menor a la hora de constituir una adopción, ya que sólo se considera necesario el consentimiento de sus tutores.

- En Luxemburgo, según el artículo 370 de su Código Civil, se entiende que las condiciones necesarias para constituir una adopción se regulan por la ley personal del adoptado, salvo si se confirma que, a través de la adopción del menor, éste adquirirá la nacionalidad del adoptante (atendiendo al concepto de “nacionalidad anticipada”), por lo que, en este caso, pasará a aplicarse la ley nacional del mismo demandante. Esta conjetura guarda cierta similitud con el artículo 9.5 del Código Civil español. Por otro lado, en este Estado de Derecho se presencian ciertas dificultades para considerar la *kafala notarial*, ya que sólo se reconoce la modalidad judicial.
- En Alemania, se atiende al Derecho del Estado de la nacionalidad del *makful*, si bien éste puede ser sustituido por la del Derecho alemán, de acuerdo siempre con el interés superior del menor, según los artículos 22 y 23 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán. De igual manera, se evidencian serios problemas en relación con el consentimiento y la revocabilidad de la *kafala* para constituir la adopción en el caso de que se haya constituido en un menor no abandonado ni institucionalizado, con filiación conocida. Por tanto, cabe concluir que en este país no existe una jurisprudencia definitiva para estos supuestos.
- En Suiza, según la Ley Federal de Derecho Internacional Privado, el Código Civil (artículos 264 y ss.) y la ley por la que se regula la colocación de menores a los fines del acogimiento y en vista a la adopción (OPEE), todas las condiciones y requisitos exigidos para la adopción se fundamentarán, en principio, en su propio ordenamiento jurídico, por lo que no se atenderá a la nacionalidad del menor siempre y

cuando el adoptante sea suizo y resida en dicho país. En cambio, si los adoptantes son extranjeros domiciliados en Suiza o suizos domiciliados en el extranjero y quieren adoptar a un menor en Suiza, se tendrá en cuenta la ley personal del mismo (artículos 75 y 76 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado), siempre y cuando “resulte de ello un grave perjuicio para el menor y que la adopción no vaya a ser reconocida en el Estado del domicilio o en el Estado de la nacionalidad del adoptante o de los esposos adoptantes” (artículo 77 de la misma Ley Federal). Consecuentemente, se podrá adoptar a un menor extranjero acogido bajo el título de la *kafala* si no se observa ningún impedimento legal conforme a las normas de Derecho internacional privado suizas, garantizándose así el interés superior del menor. De igual modo, existen una serie de normas materiales con el fin de que se pueda llevar a cabo dicho procedimiento: asegurarse de que el menor haya sido declarado en abandono (con filiación desconocida) y poseer el acta de constitución de la *kafala* con su correspondiente tutela dativa, para así garantizar que ésta no pueda ser revocada por los padres biológicos del mismo (artículo 11 de la OPEE).

- En Bélgica, de acuerdo con las normas de conflicto del artículo 67 del Código belga de Derecho Internacional Privado (*Moniteur belge*, 27 de julio de 2004) y el artículo 361-5 de su Código Civil, también se introducen una serie de normas materiales especiales para así contar con unas garantías suplementarias para la adopción internacional de los menores cuya ley nacional prohíbe la adopción. De esta manera, si el adoptante es de nacionalidad marroquí, el Juez belga aplicará su propia ley personal, no siendo posible la adopción. En cambio, si se considera que la aplicación de dicha ley personal perjudica al menor y comprueba los vínculos existentes de los adoptantes con Bélgica, se aplicará por

consiguiente la ley belga (artículo 67 del Código de Derecho Internacional Privado). Asimismo, las condiciones se han de cumplir son: la idoneidad previa de los adoptantes, que el menor esté declarado en abandono y bajo tutela pública, que no haya existido contacto directo ni transacción con personas que lo tuvieran bajo custodia y que el menor haya sido asignado por parte de la autoridad de origen competente (artículo 361-5 del Código Civil belga). Con todo ello, se pretende cerciorar de la previa institucionalización del *makful* en su respectivo centro marroquí tras haberse encontrado en una situación de abandono, con el fin de asegurarse de que no pueda ser objeto de una *kafala* revocable.

En conclusión, y a la vista de la información expuesta, se ha de indicar lo siguiente:

- Se evidencia cierta coherencia y similitud entre los mencionados ordenamientos jurídicos, a pesar de que algunos de ellos muestran unas soluciones más elaboradas (p. ej., Suiza o Bélgica).
- Igualmente, se observa dicha equivalencia con las decisiones tomadas en nuestro Sistema de Derecho. Así, se puede ver cómo el reconocimiento de la *kafala* por parte de estas nacionalidades se asemeja al acogimiento familiar recogido en nuestra legislación, a excepción de Italia que se compara con la adopción simple.
- Por otra parte, también se valora la posibilidad de constituir la adopción *ex novo* de estos menores una vez asentados en el correspondiente país de residencia, siempre y cuando se constate la irrevocabilidad del procedimiento y se evalúen los vínculos existentes con su propio foro, del mismo modo que se realiza en el Estado de Derecho español. Además, algunos legisladores de sendas nacionalidades establecen una

serie de requisitos complementarios y de normas materiales para asegurarla; estos requisitos suplementarios también se recogen en el Sistema español de Derecho internacional privado y en el Derecho material que exija el ordenamiento aplicable, es decir, en la Ley 54/2007 y en el Código Civil o, en la legislación propia de cada Comunidad Autónoma en el caso de que éstas la poseen.

- Por tanto, se podría concluir que tanto Bélgica como Suiza adoptan unas medidas muy similares a las acordadas en el territorio español.

8. Conclusiones y propuestas

Una vez concretada la naturaleza multifuncional de la *kafala*, determinado su componente religioso y enumerados los diferentes efectos que despliega en nuestro ordenamiento jurídico, se puede concluir que es imposible sustituirla plenamente con alguna otra recogida en el Derecho español, ya que, de poder hacerse, se vería afectada la continuidad en las relaciones jurídicas entre ambos ordenamientos implicados, al no coincidir los efectos derivados de dicha transformación con los recogidos en el Derecho marroquí.

Esto no significa que el ordenamiento jurídico español rechace tal institución, puesto que, una vez traspasada la frontera, de acuerdo con el régimen jurídico del Derecho internacional privado, se establece su reconocimiento, tanto a nivel formal como material, para así poder desplegar los efectos que ésta conlleva en nuestro Sistema de Derecho, según el régimen jurídico del país de origen del menor acogido. Asimismo, una vez establecido dicho análisis, se podrá buscar una institución jurídica española que cumpla una función similar, a fin de poder realizar la correspondiente inscripción en el Registro Civil. De esta manera, se pretende garantizar una situación de protección a dichos menores

objeto de estudio, siendo el único motor de inspiración su interés superior. De ser así, se respetará la total integridad de la institución constituida en el extranjero (no contraria a nuestro Derecho), de igual manera que se mantendrá la continuidad en las relaciones jurídicas entre dichos ordenamientos, el marroquí y el español.

Así, el hecho de que nuestra legislación no admita ni regule la *kafala* como tal, no significa que ésta no pueda hacerse valer en España, siendo el legislador español el que decide las condiciones en las que ha de penetrar dicha institución en nuestra sociedad. Y éste entiende que, al no ser una de las instituciones más idóneas para asegurar la protección de la infancia y el interés superior del menor, no debe penetrar en nuestra sociedad como tal. Se baraja la posibilidad de establecer una equiparación funcional de la *kafala* con un acogimiento familiar o una tutela, siendo éste el máximo nivel que se le pueda otorgar a la misma. Además, se ha de señalar que dicha equiparación es obligatoria en nuestro ordenamiento jurídico, ya que de ser así, quedará reconocida como una institución legal según el Derecho español e inscrita en el correspondiente Registro Civil. No obstante, las consecuencias jurídicas derivadas serán reducidas y de menor grado, al producir la *kafala* más efectos favorables que el propio acogimiento.

Por ello, tal y como se ha indicado a lo largo de este trabajo, tras reconocerse en España la *kafala* como una tutela o un acogimiento familiar, sus efectos jurídicos no se regirán de acuerdo con el artículo 9.4 del Código Civil, al no generar ningún vínculo de filiación entre los implicados.

Una vez establecida la equiparación entre ambas, se facilitará la posterior constitución de la adopción *ex novo* del *makful* en España, de acuerdo con la Ley española (artículo 176.2.3 del Código Civil), en tanto se compruebe la irrevocabilidad del procedimiento. No obstante, dicha conversión podría poner

en peligro la continuidad en las relaciones jurídicas entre ambos Sistemas de Derecho como, por ejemplo, a la hora de establecer el seguimiento y control de la situación en la que se encuentra el menor acogido por parte de las autoridades marroquíes.

Por tanto, dada la gran heterogeneidad entre ambos sistemas jurídicos (el español y el marroquí), existe cierta incertidumbre en determinados temas: a la hora de conceder el visado, de admitir la reagrupación familiar, de constituir la adopción *ex novo* de acuerdo con la normativa del país de residencia del *makful*, de dispensar la prestación de orfandad a dichos perjudicados o de adjudicar la nacionalidad española al menor acogido.

Según la jurisprudencia consultada, esta problemática se resuelve de acuerdo con los siguientes criterios: la *kafala* ha de estar constituida por una autoridad pública competente (no por sus padres biológicos) y debe ir acompañada de la tutela dativa correspondiente, quedando así la representación legal del *makful* a cargo del *kafil*; todo lo cual sólo puede ser posible cuando, previamente, el menor haya sido declarado en abandono en su propio país de origen. Por ello, al adquirir dicha situación un carácter permanente, se admitirá la petición de reagrupación familiar, junto con el visado para dicho menor. De esta manera, se podrá constituir la adopción *ex novo* de acuerdo con la ley española siempre y cuando la *kafala* adquiera dicho carácter permanente, garantizando así la irrevocabilidad del procedimiento por parte de su familia biológica. Por tanto, una vez que se establezca la adopción, el menor adquirirá la nacionalidad española. Por otra parte, en el caso de que no se solicite la adopción *ex novo* del *makful*, dicha institución también se podrá equiparar a la adopción con vistas a conceder la correspondiente prestación de orfandad a los perjudicados, en tanto se entienda que ambas ofrecen la misma extensión asistencial a los menores acogidos.

De acuerdo con el contenido y tratamiento de la *kafala* desarrollado a lo largo del presente trabajo, consideramos que se han de reconocer todas aquellas medidas asumidas por las autoridades internacionalmente competentes de cada país, sin perjuicio de que se puedan postular otras soluciones en el país de residencia habitual del menor, con el único fin de garantizar y optimizar su protección, siempre de acuerdo al interés superior de éste. De no ser así, cabe la posibilidad de que el menor quede desamparado e institucionalizado en su país de residencia en caso de que el titular de la *kafala* falleciera, al no permitir la integración jurídica del *makful* en su respectiva familia de acogida.

De todos modos, tal y como se ha señalado anteriormente, el seguir ciertas medidas de protección, como la adopción *ex novo* de la *kafala*, se podría poner en peligro la continuidad en las relaciones jurídicas entre los Estados. No obstante, postulamos que, en casos como los presentados a lo largo de este trabajo, resulta más interesante garantizar una situación de protección en el menor, confiando así más derechos y respaldos a los indefensos (p. ej., los derechos sucesorios o el establecimiento de un vínculo de filiación entre los implicados), que el hecho de poner en riesgo dicha continuidad en el vínculo entre ambos ordenamientos jurídicos.

Por último, cabe señalar el Acuerdo entre España y Marruecos en relación con la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, firmado *ad referendum* el 6 de marzo de 2007. Los dos objetivos conseguidos con dicho acuerdo son los siguientes: cooperación entre las partes, con el fin de establecer un marco de trabajo conjunto en materia de prevención de este tipo de emigración; así como consolidar un diálogo permanente y facilitar el intercambio de datos e información con vistas a tratar de manera eficiente a los emigrados (Aldecoa, 2010). Con este acuerdo también se ve respaldada la institución de la *kafala* y con ello la protección de los menores, sobre todo en aquellos casos en los que

ésta es constituida por los propios padres de los indefensos, al margen del poder judicial. Gracias a este convenio, se reducirá la incidencia del fenómeno conocido como “les petites bonnes”.

Bibliografía

Aldecoa, F. y Forner, J. *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Colegio de notaris de Catalunya, 2010.

Benhssain, M. “El conflicto de los marroquíes residentes en el extranjero con el régimen de kafala de los menores abandonados”, *Revista de Administración Local y Desarrollo*, nº 56, Rabat, 2004.

Calvo, A. L. & Carrascosa, J. *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 312-314.

Carrillo, B. L. *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo 1993*, Editorial Comares, Granada, 2003, p. 257, 258

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. 5

Diago, M. P. “La kafala islámica en España”. *Cuaderno de derecho transnacional*, Vol. 2, nº 1, 2010, p. 153-158

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

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

Notas

[*] Con la llegada al poder del nuevo Gobierno marroquí, en enero de 2012, se limitó la posibilidad de constituir la *kafala* transnacional, a través de la famosa circular de septiembre de ese mismo año. En dicho documento, se alega que no se respeta el compromiso adquirido en Marruecos de preservar la religión, la nacionalidad y la filiación del menor, ya que la mayoría de las familias, una vez que regresan a su país de origen, solicitan la plena adopción del menor y la nacionalidad del país donde residen.

Por ello, Alberto Ruiz-Gallardón propuso modificar la ley de adopción internacional española de 2007, para así no conceder la adopción plena y respetar la figura de la *kafala*. También formuló la posibilidad de garantizar que los servicios sociales informen de la evolución de los niños a los consulados de Marruecos en España para una posterior información a los jueces marroquíes, con el fin de que éstos puedan revocar la *kafala* en caso de incumplimiento.

Más aún, en Marruecos se ha presentado una propuesta para reformar el Dahir que regula la *kafala* de niños abandonados, endureciendo así los requisitos para su constitución con la elaboración de un proyecto de ley, a través del cual se estipula que al menos uno de los cónyuges debe de ser marroquí y el matrimonio debe de residir en Marruecos durante un mínimo de cinco años, antes de poder sacar al menor del país.

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

Contacto con la autora: vanesacr87@hotmail.com

[1] Artículo 34 de la Ley de Adopción Internacional:

Las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que según la Ley de su constitución no determinen ningún vínculo de filiación, se equiparán al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, regulados en el

Derecho español, si concurren los requisitos siguientes: 1.º Que los efectos sustanciales de la institución extranjera sean equivalentes a los del acogimiento familiar o, en su caso, a los de una tutela, previstos por la Ley española. 2.º Que las instituciones de protección hayan sido acordadas por autoridad extranjera competente, ya sea judicial o administrativa. Se considerará que la autoridad extranjera que constituyó la medida de protección era internacionalmente competente si se respetaron los foros de competencia recogidos en su propio Derecho.

[2] Artículo 9, nº 5:

La adopción constituida por Juez español se registrará, en cuanto a los requisitos, por lo dispuesto en la Ley española. No obstante, deberá observarse la ley nacional del adoptando en lo que se refiere a su capacidad y consentimiento necesarios: 1.º Si tuviera su residencia habitual fuera de España. 2.º Aunque resida en España, si no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española (...) No será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española (extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia biológica, establecimiento de unos nuevos vínculos de filiación entre el adoptado y el adoptante e irrevocabilidad de la adopción). Tampoco lo será, mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción.

[3] Artículos 142 de *Al Mudawana*: “La filiación tiene lugar por la procreación del niño por sus padres”.

Artículo 149 de *Al Mudawana*: “La adopción es nula y no comporta ninguno de los efectos de la filiación legítima”.

[4]

En el Registro Civil se inscribirán los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determina la Ley. Constituyen, por tanto, su objeto: el nacimiento; la filiación; el nombre y apellidos; la emancipación y habilitación de edad; las modificaciones judiciales de la capacidad de las personas o que éstas han sido declaradas en concurso, quiebra o suspensión de pagos; las declaraciones de

ausencia o fallecimiento; la nacionalidad y vecindad; la patria potestad, tutela y demás representaciones que señala la Ley; y el matrimonio y la defunción.

[5] Artículo 22 del Código Civil:

1. Para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que ésta haya durado diez años. 2. Bastará el tiempo de residencia de un año para (...) c) El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud.

[6] Artículo 10:

Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente.

Artículo 14.1: “Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”.

[7] Artículo 9.4: “El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo”.

[8]

Estarán sujetos a tutela: los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad; los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido; los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela; o los menores que se hallen en situación de desamparo.

[9]

Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus

hijos menores o incapacitados. Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado. En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo.

[10] Artículo 18.1 de la Ley 54/2007:

La adopción constituida por la autoridad competente española se registrará por lo dispuesto en la ley material española en los siguientes casos: cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción; o cuando éste haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España.

[11] Artículo 231 de *Al Mudawana*:

La representación legal le corresponde al padre. Se le adjudicará a la madre cuando falte el padre o tras la pérdida de la capacidad de éste. También se le puede adjudicar al tutor designado por el padre, al tutor designado por la madre, al juez o al tutor designado por el juez.

[12] Artículo 176 del Código Civil:

Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta. No obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptando concurre alguna de las circunstancias siguientes: ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; ser hijo del consorte del adoptante; llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo; o ser mayor de edad o menor emancipado.

[13] Así lo recoge el artículo 18.1.b de la Ley 54/2007 sobre Adopción Internacional, en el que se opta por una conexión anticipada, es decir, una conexión que todavía no existe pero que va a verificarse en el futuro. Para que pueda aplicarse la Ley española a título de “Ley de la futura residencia habitual del adoptando”, es preciso acreditar que ha sido o va a ser trasladado a España, y que dicho traslado se realiza con la finalidad de establecer la residencia habitual del adoptando en territorio español.