



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2017-2018

TÍTULO:

**LA KAFALA MARROQUÍ Y SU INTEGRACIÓN EN EL
ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

WORK TITLE:

**THE MOROCCAN KAFALA AND ITS INTEGRATION INTO THE
SPANISH LEGAL SYSTEM.**

AUTOR: JUAN ARRONTE CABRIA

DIRECTORA: EVA VILAR CORTABITARTE

Índice

1.-Introducción	3
2.-Motivación	3
3.-Definición de kafala	4
3.1.-Comprensión antropológica de la kafala	6
4.-La kafala y el marco legal marroquí	6
4.1.-Situación actual	6
4.2.-Situación de los menores en Marruecos	8
4.3.-Requisitos para el otorgamiento de la kafala	12
4.4.-Procedimiento	16
4.5.-Efectos de la concesión de la kafala	17
4.6.-Cese de la kafala	18
5.-La kafala y la perspectiva de género	20
5.1.-Las petites bonnes	20
6.-La kafala en España	21
-6.1.-La entrada en territorio español del menor marroquí	22
-6.2.-Reconocimiento en España de kafalas aceptadas en el extranjero	24
7.- Técnica de la sustitución y posible asimilación	26
-7.1.-Adopción	27
-7.2.-Acogimiento familiar y tutela	29
8.-Tesis de la equivalencia funcional	31
9.-Jurisprudencia	33
10.-Conclusión	36
11.-Bibliografía	37

-1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como tema principal de investigación la figura de la kafala, esta institución es típica de los países de tradición coránica, por lo que como veremos más adelante está muy determinada y subordinada a los principios y valores del islam.

Esta institución tiene como fin primordial la salvaguarda y la protección de los menores, principalmente de los menores abandonados por sus progenitores o bien, por ser huérfanos de ambos padres o estar estos bajo una causa de supresión de la patria potestad, o más bien dicho, de la tutela parental, ya que, en los países islámicos, no existe el concepto jurídico de patria potestad.

Dentro de todos los países de tradición coránica, este trabajo se va a centrar en la kafala marroquí debido a varias razones. En primer lugar, porque es un país en que está permitido la kafala internacional, esto es que el menor abandonado marroquí puede abandonar el territorio del Reino de Marruecos acompañado por la persona que ostenta la titularidad de la kafala, conocido como el kafil. Otro de los motivos de haber escogido a Marruecos en vez de otro país en cuyo ordenamiento esté reconocido la kafala, se debe a la gran relación institucional que existe entre España y Marruecos, reflejado en el Tratado Amistad, Buena Vecindad y Cooperación de 1991. Unido estas dos razones a la proximidad geográfica entre ambos países hace de Marruecos el país más idóneo para estudiar una institución jurídica de origen coránica como es la Kafala.

En el ordenamiento español no existe tal institución, ya que como bien se ha repetido con anterioridad es una figura típica de los países de religión coránica. Por lo que en este trabajo se estudiará tanto la figura in situ, en el ordenamiento marroquí, como la introducción, si fuese posible, en el ordenamiento español de una institución extraña y que se rige por unos valores distintos a los que rigen nuestro ordenamiento.

-2. MOTIVACIÓN

Dentro del ámbito jurídico internacional, la protección al menor es uno de los aspectos más importantes y abordados. El artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, establece que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especial.

Esto se plasma más específicamente, primero en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y posteriormente en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. El preámbulo de la Convención recoge que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. Esta Convención también

recoge la figura de la kafala en el artículo 20 y por último mencionar que el artículo 3 establece que ante todo debe prevalecer siempre el interés superior del niño.

Por lo que ver cómo es capaz la kafala de proteger el derecho de los menores desde una óptica poco conocida en los países occidentales, y conocer cómo se introduce esta institución propia del derecho musulmán en España, es el principal objetivo y motivación de esta investigación.

-3. DEFINICIÓN DE KAFALA

La Kafala es una institución legal, propia de los países de religión musulmana, está en la rama de derecho de familia y trata de proteger y salvaguardar los intereses de los menores de edad abandonados.

A diferencia de la adopción, la kafala no crea vínculos de filiación ni de sucesión. Esto se debe a que la mayoría de países islámicos, a excepción de Túnez, Turquía e Indonesia, prohíben la adopción, ya que postulan que el vínculo jurídico de la filiación solo puede provenir de un origen biológico, es decir a través, de los lazos de sangre. Dentro de los países musulmanes que regulan la kafala, están los que permiten la kafala internacional, como es el caso de Marruecos y están los que solo permiten la kafala nacional, exigiendo que el kafil sea nacional, como sucede en países como Siria, Argelia o Jordán.

La kafala es una institución por la cual el kafil (titular de la Kafala), adquiere la obligación de cuidar, proteger y educar al makful (menor), de la misma manera que haría un padre respecto de su hijo. A pesar de esto, el makful, no obtiene el apellido del kafil ni tiene ningún derecho a obtener la herencia de éste.

Uno de los requisitos fundamentales para que se lleve a cabo la kafala es que el kafil sea musulmán, teniendo el deber de educar al makful en la religión musulmana.

Hay que tener en mente unas pesquisas para comprender la situación que rodea a esta figura, tanto en la actualidad como cuando se creó.

En la Arabia preislámica, la adopción era una figura muy común, pero no estaba controlada adecuadamente, por lo que se dio lugar a una explotación infantil y se normalizó el tráfico de niños, aprovechando la pobreza de los progenitores de estos.

Por otro lado, en el derecho musulmán no se reconoce la filiación ilegítima o extramatrimonial, provocando esta situación una deshonor para la familia de la madre, que en ocasiones llegará a abandonar al hijo ilegítimo. A través de esta situación, se puede apreciar lo importante que es en la cultura musulmana, la

pureza de la familia y el linaje familiar, como consecuencia se prohíbe la adopción, ya que esta se entiende como un modo de “falsear” el vínculo familiar.

La prohibición de la adopción se expresa en los versos 4,5,37 y 38 de la Azora de los Partidos (Al-Ahzab).

El verso 4 de esta Sura (es el nombre que recibe cada capítulo, son 114, en los que se divide el Corán) o Azora recoge que “Alá no ha puesto dos corazones en el pecho de ningún hombre. Ni ha hecho que las esposas que repudiáis por la fórmula: «¡Eres para mí como la espalda de mi madre!» sean vuestras madres. Ni ha hecho que vuestros hijos adoptivos sean vuestros propios hijos. Aquellas son solamente expresiones que pronunciáis con vuestras bocas, mientras que Dios dice la verdad y guía al camino recto”.

El verso 5 de esta misma Sura, a su vez establece que “llamadles (a los niños que habéis adoptado) por sus (verdaderos) padres: hacerlo así es más justo ante Dios. Si no sabéis quiénes son sus padres, entonces (son) vuestros hermanos de religión y vuestros protegidos (así que observad los deberes de fraternidad entre vosotros y ellos)”.

A parte de la prohibición en texto religiosos, el artículo 149.1 del Código de Familia Marroquí (Mudawana) establece que “La adopción (Attabani) será jurídicamente nula y no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima”.

Hay 2 tipos de kafalas:

-Por un lado, está la kafala intrafamiliar según la cual, son los propios padres biológicos quienes entregan el cuidado y la educación de su hijo a otra persona, generalmente dentro de su familia, se constituyen por el mero acuerdo entre las partes, aunque se puede llegar a hacer ante notario (por eso también se conoce a este tipo de figura como kafala notarial).

-Por otro lado, está la kafala constituida sobre un menor que se encuentra en situación de abandono, regulada por la Ley 15-1 marroquí, de guarda de menores abandonados. Este tipo de kafala solo se puede construir a través del reconocimiento al menor de su situación de desamparo por parte del Tribunal correspondiente, seguido, si fuese necesario, del otorgamiento al kafil de sus obligaciones con respecto al makful.

Esta distinción entre los dos tipos de kafalas es muy importante debido a la imposibilidad de dar el visado español, cuando la kafala sea notarial, ya que no procede el visado en las situaciones en que las kafalas no se han adoptado a través de un procedimiento judicial o administrativo.

-3.1-Comprensión antropológica de la kafala

La causa de la prohibición de la adopción en los países musulmanes no tiene una versión aceptada por todos, sin embargo, hay dos versiones del origen de la figura jurídica que cuentan con gran reconocimiento.

La primera establece que el origen de la prohibición viene dado porque el Profeta (Mahoma) en una visita a su hijo adoptivo Zayd, se enamoró de la esposa de éste, Zaynab. Como consecuencia, Zayd repudió a su esposa para complacer a su padre adoptivo y permitirle casarse con ella, esto supuso que muchos opinasen de este acto como algo incestuoso. Este pensamiento acabaría cuando Alá se aparece ante Mahoma y le asegura que no había incesto alguno, ya que la adopción debía prohibirse.

La segunda versión, explica que Zayd fue robado de su familia y vendido como esclavo, más tarde fue regalado al Profeta por su esposa Khadija. Zayd, fue localizado por su familia y esta pidió al profeta que lo devolviera al seno de su familia, pero Zayd, preguntado por el Profeta prefirió quedarse con él, tras lo cual, el Profeta como recompensa lo adoptó dándole su apellido y lo casó con su prima Zaynab, pero al poco tiempo el matrimonio fracasó porque Zaynab pensaba que merecía un esposo con un rango social más alto al igual que el suyo. Una vez disuelto el matrimonio, el Profeta obedeció una orden divina de casarse con Zaynab con el fin de probar que la adopción queda prohibida por el islam y no crea ningún vínculo de filiación entre las personas.

Entre estas versiones, la más reconocida en el mundo islámico es la segunda, aunque a simple vista parecen muy semejantes, en la primera, el origen de la prohibición se debe a una emoción humana (Mahoma se enamora de la mujer de su hijo adoptivo), mientras que, en la segunda versión, todo ocurre por mandato divino (Alá manda a Mahoma casarse con Zaynab). Como consecuencia de esto, en el islam se prohíbe la figura de la adopción, muy frecuente antes de este suceso en el mundo islámico, por crear lazos familiares ficticios y vulnerar la preservación del linaje.

-4.-LA KAFALA Y EL MARCO LEGAL MARROQUÍ

-4.1. Situación actual

En el mundo actual, la pluralidad y la diversidad cultural son una realidad social que ha hecho que en la mayoría de países, sobre todo en los más desarrollados, haya una innegable confluencia entre personas de diferentes razas, culturas,

ideologías... Como consecuencia, el derecho interno de cada ordenamiento ha tenido que ir adaptándose a la interacción, cada vez más frecuente, con figuras e instituciones propias de otros ordenamientos. Esta diversidad cultural ha hecho que se respete y se proteja la multiculturalidad, afectando este fenómeno social a diferentes ámbitos sociales, como en nuestro caso es la familia, formando lo que viene a ser unas familias con relaciones internacionalizadas.

En el caso de España, el importante crecimiento de la comunidad marroquí residente en España, sumado a la proximidad geográfica de los dos países, teniendo en cuenta la situación de Ceuta y Melilla, incluyendo además de que España es uno de los países que más turistas “envía” a Marruecos.

Además, como Marruecos es un socio natural para España por cercanía geográfica, el conjunto de las exportaciones e inversiones entre España y Marruecos suponen ya más del 10% del PIB marroquí. Marruecos fue, en el año 2016, nuestro primer mercado africano, noveno mercado mundial (manteniendo esta misma posición desde 2012) y el segundo fuera de la UE, sólo después de EEUU, con una cuota de mercado del 2,4%. De acuerdo con la Office de Changes marroquí, en 2016 España fue el primer proveedor (15,6%) y primer cliente (24,2%), seguido de Francia, que como proveedor tiene una cuota del 14,8% y como cliente del 21%.

Sumado esto a la buena relación diplomática que existe entre ellos, como así lo ratifica el Tratado de Amistad, Buena Vecindad y Cooperación de 1991, en donde se acuerdan los principios generales según los cuales se va a basar la relación entre los dos países que son el respeto a la legalidad internacional, igualdad soberana, no intervención en los asuntos internos, abstención a recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, arreglo pacífico de controversias, cooperación para el desarrollo, respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de las personas y diálogo y comprensión entre culturas y civilizaciones.

La kafala, en el ordenamiento marroquí, cuenta con una ley específica, la Ley 15-01, de 13 de junio de 2002 promulgada por el Dahir n. 1-02-172 (un Dahir, es un decreto emitido por el Rey de Marruecos), relativa solamente a la kafala de los menores abandonados, por lo que no abarcaría a las kafalas notariales, estas son las que no requieren la intervención del juez y se constituyen respecto a menores que no han sido abandonados.

El artículo 2 de la Ley 15-01 establece que “La guarda (Kafala) de un menor abandonado, en el sentido de la presente ley, consiste en el compromiso de hacerse cargo de la protección, educación y manutención de un niño abandonado del mismo modo que lo haría un padre con su propio hijo. La Kafala no confiere derecho a la filiación ni a la sucesión”.

Este precepto cumple con lo que propugna la comunidad musulmana de que la kafala sirva para cumplir los preceptos religiosos de solidaridad y humanismo,

como se puede ver en un hadith (dicho o acción de Mahoma) que dice que “Aquel que tenga a su carga a un huérfano, será así conmigo en el paraíso”.

-4.2. Situación de los menores en Marruecos

El mayor problema relacionado con la figura de la kafala en Marruecos, es la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentran los menores marroquíes abandonados, principalmente por el grave problema de las madres solteras, debido a que en Marruecos, la filiación extramatrimonial todavía sigue siendo un problema social, ya que, según el artículo 145 del Código de Familia Marroquí (en adelante CFM), la única filiación reconocida es la legítima respecto al padre, pero esto no es igual respecto de la madre, donde la filiación tanto legítima como ilegítima surte los mismo efectos, por lo que esta situación de impunidad, ha dado lugar a que muchos padres biológicos se desentiendan de sus hijos de relaciones extramatrimoniales, estas relaciones son punibles según el artículo 490 del Código Penal Marroquí con castigos que van desde un mes hasta un año en prisión todas las personas que sin estar unidas en vínculo de matrimonio mantuvieran relaciones sexuales.

No siempre, se trata de relaciones extramatrimoniales, sino que gran parte de los casos suceden en relaciones de esponsales o matrimonios no autenticados.

En las relaciones de esponsales, el CFM para corregir la situación de injusticia, reconoce la filiación de los hijos surgidos en situación de noviazgo, con una serie de condiciones que recoge el artículo 156, que son la publicidad del noviazgo, es decir que los esponsales fuesen conocidos por ambas familias, que el embarazo haya tenido lugar durante el noviazgo y el reconocimiento de ambos novios de su paternidad, si se diese el caso que el novio no reconociese el hijo como suyo, se podrá recurrir a todos los medios de prueba legales para reconocer la filiación paterna.

Por otro lado, está también la situación de los matrimonios no autenticados, esto se debe a que existen lugares en Marruecos, principalmente en las zonas rurales, que se continúa realizando el matrimonio coránico, que se lleva a cabo leyendo la primera azora del Corán y con testigos que den fe de la unión. Pero la ley marroquí, tras una reforma, exige también para la unificación matrimonial, la autenticación del acto por parte del juez correspondiente. Pero para mitigar la situación de un matrimonio no autenticado y los correspondientes problemas en caso de una filiación ilegítima, el artículo 16 del CFM establece que “Cuando por razones imperiosas no se haya podido redactar el acta de matrimonio a su debido tiempo, el tribunal, en una acción de reconocimiento de matrimonio, admitirá todas las pruebas, así como el recurso al peritaje. El tribunal tomará en consideración, cuando entienda de una acción de reconocimiento de matrimonio, la existencia de hijos o de embarazo derivado de la relación conyugal y que la acción se haya emprendido en vida de ambos cónyuges”.

A pesar de este avance en la legislación marroquí donde se reconoce la existencia de una filiación legítima, más allá de la filiación matrimonial, esto no

se traduce en la jurisprudencia marroquí, ya que esta, con el Tribunal Supremo, como máximo exponente, es contrario a recurrir a los test de ADN para verificar la paternidad, además de que tampoco consideran como prueba de filiación la partida de nacimiento.

La charía o ley islámica, da gran importancia al cuidado de las personas vulnerables de la sociedad islámica, en particular a los niños huérfanos o abandonados. La charía no se limita a exhortar a los creyentes musulmanes a ser bondadosos y solidarios con los niños huérfanos, sino que, a través de sentencias jurídicas, crea un sistema de protección en la sociedad islámica.

Siguiendo las pautas de la ley islámica, el legislador marroquí promulgo el 10 de septiembre de 1993 a través del Dahir nº 1/93/165 que regula la kafala de los menores abandonados. Hasta entonces se trataba del primer texto legislativo que abordaba esta cuestión, era una norma jurídica muy esperada debido al aumento de menores sin un padre reconocido y cuya madre renuncia a ellos y los entrega a un centro de acogida, pese a su gran importancia, este vino a ser derogado y modificado por el Dahir de 13 de junio de 2002, donde se promulga la ley 15-01 relativa a la kafala de los menores abandonados. Con esta ley se consigue una protección más amplia, regulando una serie de aspectos que la anterior ley no recogía.

La ley 15-01 establece en su artículo número 1 que “Se considera niño abandonado a todo menor, de uno u otro sexo, que no haya alcanzado la edad de 18 años y que se encuentre en una de las siguientes situaciones:

- -Ser hijo de padres desconocidos, o bien de padre desconocido y madre conocida que lo haya abandonado voluntariamente;
- -Ser huérfano o que sus padres sean incapaces de subvenir a sus necesidades o no dispongan de medios de subsistencia legales;
- -Que sus padres hayan demostrado mala conducta no asumiendo su capacidad de protección y orientación para conducir al menor por el buen camino, como en aquellos casos en que los padres han sido despojados de la tutela legal o en el que uno de ellos, tras el deceso o incapacidad del otro, manifieste una conducta desviada y no cumpla con el deber mencionado respecto del menor”.

De este primer artículo, se puede deducir principalmente que no hay una definición establecida del menor abandonado, sino que el artículo se limita a exponer las situaciones en las que un menor puede encontrarse en situación de abandono, esto se debe a que es una definición es un trabajo muy difícil y tendría

que abarcar todos los aspectos del elemento de forma exhaustiva y minuciosa, y esto podría dar lugar a equivocaciones entre instituciones similares. En este artículo se establece que la edad en la que se adquiere la mayoría de edad son los 18 años, edad que coincide con la estipulada en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que en su artículo primero establece que “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”.

Este artículo, enumera tres situaciones de abandono diferentes, las cuales analizaremos individualmente:

-El hijo de padres desconocidos, o de padre desconocido y madre conocida que renuncia a él.

Por un lado, está el hijo de padres desconocidos, lo que se conoce como expósito. Los juristas islámicos, dependiendo de la escuela legal que sigan, han dado numerosas definiciones del término expósito, a pesar de ser divergentes unas de otras coinciden en varios puntos.

Todas ellas coinciden que el expósito tiene que ser menor de edad, ya que si fuese mayor quedaría excluido de la figura de la kafala. El expósito, no puede conocer a su familia, por lo que se excluye aquí al hijo ilegítimo concebido fuera del matrimonio que conoce a su madre. Más controvertida ha sido la discusión sobre si el término expósito es equivalente al rechazado, pero la mayoría de juristas postulan que el término expósito abarca más situaciones que el de expulsado, porque este último solo alude al hijo ilegítimo concebido fuera del matrimonio.

La legislación marroquí, para proteger la vulnerabilidad del menor abandonado, establece en el artículo 3 de la Ley N° 15-01 que “Toda persona que encuentre un niño abandonado debe proporcionarle la asistencia necesaria a su estado e informar inmediatamente a los servicios de policía o de gendarmería o bien a las autoridades locales del sitio en que el menor haya sido hallado”. Estableciendo a su vez en el artículo 31 que “Toda persona que voluntariamente se abstenga de prestar a un recién nacido abandonado la asistencia o cuidados que necesite, o bien de informar a los servicios de policía, de gendarmería o a las autoridades locales del sitio en que se hallare el niño, es pasible de las sanciones establecidas en el Código Penal”.

Por otro lado, está el hijo de padre desconocido y madre conocida que renuncia a él, el legislador incluyó esta opción en el Dahir de 2002, permitiendo con ello que la madre pueda renunciar a su hijo y dejarlo en un lugar donde la vida de su hijo no se ponga en riesgo, como son los centros de salud o los hospitales, en vez de abandonarlo en cualquier lugar de la calle, o bien acabar con la vida del recién nacido directamente, para así preservar el honor y evitar el escándalo que

es ser madre soltera en una sociedad como la marroquí, según datos de la Organización Mundial de la Salud hay un promedio de 5000 madres solteras y unos 7000 casos de hijos ilegítimos nacidos fuera del matrimonio al año. Esto se debe, como anteriormente he mencionado, a que el legislador marroquí solo reconoce la filiación paterna legítima y la ilegítima no crea efectos respecto al padre, siendo diferente en el caso de la madre, ya que el artículo 146 del mudawana establece que “La filiación por línea materna, ya sea por relación legítima o ilegítima, producirá los mismos efectos con respecto a la madre”.

-El huérfano o el menor cuyos padres son incapaces de cuidar. Se trata, como anteriormente de dos situaciones diferentes por lo que habrá que analizarlas por separado.

Por un lado, está el niño huérfano, que se diferencia del expósito en que el huérfano es hijo de padres conocidos mientras que el expósito no. El huérfano, en virtud del Dahir 13/60 de 2002 tendrá que ser huérfano de ambos padres, para ser considerado menor abandonado, ya que, si fuese huérfano solo de padre, se otorgaría la tutela del menor a la madre. Además, para considerar al huérfano como menor abandonado, es necesario que el menor no disponga de los medios necesarios para subsistir, si los tuviera, no se someterá a las disposiciones relativas de los menores abandonados.

Por otro lado, está la situación por la que los progenitores del menor son incapaces de cuidarle, son los casos donde por causas ajenas a su voluntad, los padres no pueden mantener al menor u ocuparse de sus necesidades, debido por ejemplo a una sentencia de privación de libertad. Debido a la vaguedad de la expresión “incapacidad de los padres de cuidar al menor”, ha habido muchas interpretaciones sobre esta incapacidad, pero la incapacidad no puede ser por razones económicas, debido a que un gran número de familias marroquíes se encuentran por debajo del límite del umbral de la pobreza.

-Mala conducta de los padre e incumplimiento de las obligaciones respecto al menor.

En el precepto se habla de “conducta desviada”, esto se entiende dentro de la ley islámica, como el hecho de apartarse de la naturaleza buena y original del hombre y continuar por una vía errónea que la religión prohíbe. Dentro del ordenamiento jurídico, supone no cumplir la ley y no observar las normas y disposiciones aceptadas por el resto de la comunidad.

Más específicamente, la conducta desviada de los padres consiste en perjudicar al hijo o exponerlos a peligros dándoles por ejemplo alcohol o drogas u otras sustancias prohibidas por la ley islámica. La evaluación de esta conducta desviada corresponderá siempre al Tribunal competente.

-4.3.-Requisitos para el otorgamiento de la kafala

El artículo 9 de la Ley nº 15-01 establece que los únicos sujetos que pueden solicitar una kafala son unos esposos musulmanes, una mujer musulmana, o bien una institución pública dedicada a la protección de menores. El artículo 10 establece un orden de prelación en caso de una pluralidad de demandas de kafala de un niño abandonado, teniendo la prioridad los esposos sin hijos o los esposos con las mejores condiciones siempre priorizando el interés del menor. Respecto del interés del menor, el artículo 12 establece que “La Kafala de un niño mayor de doce años está subordinada a su consentimiento personal”, siguiendo la normativa del Convenio Internacional sobre Derechos del Niño que establece esta norma en su artículo 12.

A continuación, voy a analizaremos cada supuesto:

4.3.1.-Los esposos musulmanes

El artículo 9.1 recoge que los menores abandonados serán confiados a “los esposos musulmanes que reúnan las siguientes condiciones:

- a) haber alcanzado la mayoría de edad, ser moral y socialmente aptos para asegurar la Kafala del menor y disponer de medios económicos suficientes para subvenir a sus necesidades.
- b) no haber sido objeto, de forma individual o conjunta, de condena por una infracción que hubiera atentado contra la moral o hubiere sido cometida contra un niño.
- c) no padecer enfermedades contagiosas o que les hagan incapaces para asumir su responsabilidad.
- d) no estar opuestos al menor del que solicitan la Kafala o a sus padres por un contencioso ante la justicia o por una diferencia familiar que pueda comportar riesgos para el interés superior del niño.”

Obviamente se exige que las dos personas que solicitan la kafala sean cónyuges, esta condición se demuestra por medio del acta de matrimonio, ya que según el artículo 16 del CFM: “El acta matrimonial constituirá prueba válida del matrimonio”. Otro requisito es que ambos esposos sean musulmanes, negando con ello la posibilidad de que un matrimonio no musulmán acojan en

kafala a un menor marroquí abandonado. Esto también incluye a los marroquíes casados con una mujer cristiana o judía.

Esto no impide a los extranjeros musulmanes acoger en kafala a un menor abandonado marroquí, ya que este artículo 9 no exige el requisito de nacionalidad para otorgar la kafala, solo menciona que, para viajar al extranjero con el menor, es necesario la autorización del juez de menores. Además del requisito de nacionalidad, tampoco se menciona el requisito de residencia en el territorio marroquí.

Esta opción está recogida en la misma ley marroquí, sobre la kafala de menores abandonados, y su artículo 24 establece que “La persona encargada de la kafala puede, con la autorización del juez tutelar y en interés de las partes, abandonar el Territorio Reino de Marruecos en compañía del menor objeto de la kafala para establecerse de forma permanente en el extranjero”.

Por todo esto es posible que extranjeros que quieran acoger en kafala a un menor marroquí se conviertan al islam, conversión que puede ser falsa, ya que normalmente la utilizan con el único objetivo de obtener la kafala del menor y una vez conseguida, volver a su país de origen, como consecuencia más importante, el menor crecerá y se educará en una cultura y unas tradiciones muy diferentes a las marroquíes, desvirtuando con ello la figura de la kafala. Como consecuencia a que esta práctica se extendió en varios países europeos debido a que acoger en kafala a un menor marroquí es mucho más rápido que la adopción. Para combatir esto, las autoridades marroquíes redactaron la Circular de septiembre de 2012, nº 40 S/2, del Ministerio de Justicia y Libertad del Reino de Marruecos, que ordena a los Juzgados competentes de otorgar la kafala que comprueben si los solicitantes extranjeros tienen su residencia habitual en Marruecos, denegando la kafala si no la tuviesen.

Dejando a un lado esta Circular, el artículo 19 del Dahir de 2002 sobre la kafala, declara que:

“El juez tutelar de la circunscripción en la que está situado el lugar de residencia de la persona a la que se confiere el kafala está encargado de seguir y controlar la situación del menor y de asegurar que esta persona cumple con las obligaciones que le competen. A este fin puede ordenar realizar las investigaciones que considere adecuadas a:

- a) el ministerio público, la autoridad local o la asistente social cualificada legalmente para esta misión o bien las otras partes competentes.
- b) o la comisión prevista en el artículo 16.”

A pesar de que, en la teoría, se ordena a los Servicios Consulares del seguimiento de la situación del menor acogido en la kafala, en la práctica no se lleva a cabo este seguimiento ni el grado de cumplimiento de las obligaciones por parte del kafil.

Dentro del artículo 9.1, se numeran cuatro requisitos para que el matrimonio musulmán pueda acoger en kafala. El primero de ellos es que la pareja sea mayor de edad, es decir, que hayan cumplido 18 años, como así lo indica el artículo 209 CFM. Hay autores que creen que se pueden dar casos en los que no haya mucha diferencia de edad entre el makful y el kafil, con lo que en su opinión podría influir negativamente en la autoridad de la orientación y educación de la kafala. También exige ese mismo precepto “ser moral y socialmente aptos”, al ser un concepto tan abstracto el de la moralidad, serán los jueces los que determinen si no cumplen con los requisitos de moralidad de la sociedad. También se exige que dispongan de la capacidad económica adecuada para soportar las necesidades que acarrea la kafala, principalmente todos los gastos relativos a la manutención del makful. Este requisito, es una medida adoptada por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en su artículo 32 que recoge “el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”.

El citado artículo 9, también impone el requisito de “no haber sido objeto, de forma individual o conjunta, de condena por una infracción que hubiera atentado contra la moral o hubiere sido cometida contra un niño”. Este requisito se engloba dentro del anterior, es decir, se moralmente aptos. La comisión por parte de los cónyuges de alguno de los delitos contra la moral o contra un niño, que estén tipificados en el Código Penal Marroquí, les inhabilita para acoger en un régimen de kafala a un menor abandonado.

El tercer requisito es “no padecer enfermedades contagiosas o que les hagan incapaces para asumir su responsabilidad”, por lo que se diferencian aquí dos tipos de impedimento, el de las enfermedades contagiosas donde los cónyuges tendrán que aclarar las medidas preventivas específicas para impedir su difusión y su contagio. Por otro lado, está el grado de incapacidad de los cónyuges, que puede ser un problema para el cumplimiento de sus obligaciones respecto del menor. En ambos casos, será el juez el encargado de determinar si los cónyuges están capacitados para acoger al menor en kafala.

El último requisito es “no estar opuestos al menor del que solicitan la Kafala o a sus padres por un contencioso ante la justicia o por una diferencia familiar que pueda comportar riesgos para el interés superior del niño”. Esto se introdujo en el Dahir de 2002 para proteger los derechos del menor, ya que la acogida en

kafala en estos casos puede deberse a intereses de venganza que causen perjuicios en el menor.

4.3.2.-La mujer musulmana

Esta opción, fue una de las novedades del Dahir de 2002, respecto del antiguo Dahir que regulaba la kafala, que databa de 1993. Por lo que, a partir del 2002, es posible para una mujer, ya sea viuda o que no haya estado casada, que le sea atribuida la kafala, siempre que cuente con los recursos materiales y tenga la capacidad moral exigida por la sociedad. Esta novedad, es un avance, tanto para la situación de la mujer soltera en Marruecos, como para los niños abandonados, ya que, amplía las opciones a estos niños de salir de las instituciones de acogida, que normalmente se encuentran con más menores de los que pueden abastecer.

El legislador, para que una mujer pueda acoger a un menor en kafala, exige que se cumplan los mismos cuatro requisitos que para los cónyuges casados que son la mayoría de edad, la capacidad material y moral, no estar enfrentados al menor del que solicitan la kafala o a sus padres en un procedimiento judicial, o una disputa familiar que pueda vulnerar los intereses del menor y por último no tener enfermedades contagiosas o que le incapaciten para asumir su responsabilidad.

El legislador limita la concesión de la kafala a las mujeres, no permitiendo la posibilidad de acoger en kafala al hombre musulmán. Los hombres solo podrán acoger a un menor en kafala individualmente, si en un matrimonio en el que existe la acogida de un menor en kafala y la mujer muere, el hombre continuará con la kafala del menor abandonado.

El artículo 26 de la Ley 15-01, regula la otra posibilidad para que al hombre se le atribuya la kafala en solitario, el artículo establece que “En caso de romperse los vínculos matrimoniales entre los cónyuges encargados de la kafala el juez tutelar, a solicitud del esposo o de la esposa, del ministerio público, o bien de oficio, ordena el mantenimiento de la kafala confiándosela a una de las partes, o bien adopta las medidas que considere adecuadas. En este último caso al menor se le aplican las disposiciones que establece el artículo 102 del código de estatuto personal”. Por lo que en el caso de que se rompiese el vínculo matrimonial, la kafala del menor podrá ser atribuida al hombre musulmán.

Por lo que, dada las dos situaciones precedentes, queda claro que el hombre musulmán no se le puede atribuir una kafala desde un principio, solo cuando se den las circunstancias anteriores le será atribuida.

-4.3.3.-Instituciones de acogida

El artículo 9.3 de la Ley 15-01 establece que “las instituciones públicas encargadas de la protección de menores, así como los organismos, organizaciones y asociaciones de carácter social reconocidas como de utilidad pública que dispongan de medios económicos, recursos y competencias humanas aptas para asegurar la protección del niño, proporcionarle una buena educación y criarlo de acuerdo con las costumbres del islam”. Por lo que las instituciones privadas no estarían autorizadas a acoger a menores, ni tampoco las instituciones extranjeras.

El Gobierno marroquí para proteger a los menores abandonados, trabaja con una serie de asociaciones benéficas islámicas que operan bajo la ayuda de la Institución de Cooperación Nacional, entre las instituciones más importantes están las Aldeas Infantiles Modelo y la Liga Marroquí para la Protección de la Infancia.

-4.4. Procedimiento

El procedimiento para la concesión de una kafala, comienza por la solicitud de la misma, esta, según el artículo 15 del Dahir de 2002, “debe presentar a este fin una solicitud ante el juez tutelar competente acompañada de documentos que prueben que cumple con las condiciones previstas”. Los documentos que se deben presentar junto con la solicitud son:

- Una solicitud por escrito donde el solicitante se compromete a asumir el cuidado, la protección, la educación y la manutención del menor como lo haría un padre respecto de su propio hijo.

- Certificado de domiciliación.

- Una copia de la partida de nacimiento del menor abandonado.

- Una copia del documento de identidad nacional.

- Un certificado médico que declare que el solicitante no padece ninguna enfermedad contagiosa o que le incapacite para cumplir con su responsabilidad.

- Una copia de los antecedentes penales que prueba que los solicitantes nunca fueron objeto de condena, de manera conjunta o separada, por infracciones contra la moral o contra los niños.

- Una copia de los antecedentes penales del país de residencia de los extranjeros o de los marroquíes residentes en el extranjero.

- Cualquier documento acreditativo de los ingresos del solicitante.

-Una copia de la partida de nacimiento del solicitante que pruebe que es mayor de edad.

-Una copia del acta de matrimonio de los esposos que soliciten la kafala.

-Un acta de conversión al islam para los extranjeros no musulmanes que deseen acoger en kafala a un menor abandonado.

Tras presentar los documentos, el juez de tutelas ordenará una investigación para comprobar la veracidad de los mismos, además los documentos tienen que haber sido traducidos al árabe antes de su entrega al juez.

La investigación sobre los documentos aportados y todo lo relacionado con la kafala, será llevada a parte por un fiscal. El Ministerio Fiscal, además de en esta investigación, es parte principal en todo el proceso de la kafala, ya que, en primer lugar, como especial interesado en la protección del menor, es el encargado de ingresar temporalmente al menor abandonado en la institución pública correspondiente y efectuar su inscripción en el Registro Civil. Otra de las funciones principales es que el Ministerio Fiscal, presenta la demanda de declaración de abandono en el Tribunal correspondiente. Estas funciones del fiscal están recogidas en los artículos 4, 5 y 6 del Dahir de 13 de junio de 2002.

-4.5. Efectos de la concesión de la kafala

Cuando concurren todos los requisitos legales además de las medidas exigidas por el legislador marroquí, la kafala puede empezar a surtir efectos legales. La gran mayoría de estos efectos, son los derechos que se proporcionan al menor y las obligaciones de la persona que acoge al menor. Los derechos surgidos de la kafala pueden dividirse entre derechos individuales o derechos económicos.

-Derechos individuales, el artículo 22 del Dahir de 13 de junio de 2002 establece que la concesión de la kafala produce a la persona encargada la “ejecución de las obligaciones relativas a la manutención, guarda y protección del menor tomado a su cargo y debe velar porque éste crezca en un ambiente sano, cubriendo todas las necesidades básicas del niño hasta que éste alcance la mayoría de edad legal”. La guarda y custodia del menor, consiste en protegerlo de cualquier daño y velar por su educación e intereses. El artículo 163 CFM postula que “La persona encargada de la custodia deberá adoptar, en la medida de lo posible, todas las disposiciones necesarias para preservar y garantizar la seguridad, tanto física como psicológica, del menor en custodia y velar por sus intereses en ausencia de su representante legal y, en caso de necesidad, si corren peligro los intereses del menor”.

-Derechos económicos, los derechos más importantes para la protección de los intereses del menor en el tema económico son la manutención, la donación inter vivos o el legado.

El derecho a la manutención está recogido en el ya mencionado artículo 22, la manutención de acuerdo con el artículo 189 CFM incluye la alimentación, el vestido, la asistencia médica, la instrucción al menor y todo lo imprescindible para el menor acogido en kafala. La manutención del menor se extenderá hasta que este cumpla los 18 años, pero esto no será así en el caso de que el menor sea de sexo femenino, ya que su manutención se extendería hasta que se casase o en el caso de que dispusiese de medios por sí misma. La posibilidad de extender la manutención más allá de la mayoría de edad, también se da en el caso de que el menor acogido sufra una discapacidad o sea incapaz de mantenerse por él mismo.

El derecho a la donación o legado viene establecido en el artículo 23 del Dahir de 13 de junio de 2002 el cual dispone que “Si la persona encargada de la kafala decide beneficiar al menor a su cargo con una donación, legado, Tanzil o limosna, el juez tutelar de la circunscripción de la que depende el lugar de residencia del niño procura que se realice el contrato necesario para este fin para proteger los derechos del menor”. Con este precepto, que fue una novedad del Dahir de 2002, se establece así una protección a los derechos económicos del menor.

Por último, en lo relacionado al aspecto económico de la kafala, el artículo 22 señala que “la persona que asegura la kafala le corresponde las indemnizaciones y subsidios familiares concedidos a los padres por el Estado, las instituciones públicas o privadas o las colectividades locales y sus agrupamientos”. El objetivo de este precepto es que dichas indemnizaciones sirvan a las familias para asumir la carga económica que supone el acogimiento de un menor en kafala.

-4.6. Cese de la kafala

El artículo 25 del Dahir de 13 de junio de 2002 declara que “La kafala puede cesar por uno de los siguientes motivos:

- Cuando el menor objeto de la kafala alcanza la mayoría de edad legal. Estas disposiciones no se aplican ni a la menor soltera, ni al menor discapacitado o incapaz de subvenir a sus necesidades.
- Por deceso del menor objeto de la kafala.

- Por deceso de ambos cónyuges encargados de la kafala o de la mujer encargada de la kafala.
- Por incapacidad de la mujer encargada de la kafala.
- Por disolución del organismo, institución o asociación encargada de la kafala.
- Por anulación del derecho de hacerse cargo de la kafala por disposición judicial en caso de violación de sus obligaciones por parte de la persona que haya asumido la kafala o en caso de desistencia de dicha persona o si así lo exigiere el interés superior de menor objeto de la kafala”.

La kafala puede acabar bien por motivos relacionados con el makful o bien con el kafil. En relación con el makful, la kafala cesa cuando alcanza la mayoría de edad, 18 años, exceptuando las mujeres y los discapacitados, también cesará con la emancipación del menor a partir de los 16 años de edad. Por último, la kafala llega a su fin si el makful fallece.

En el caso del kafil, la kafal cesará en primer lugar si este pierde la capacidad de obrar, esta es la aptitud para llevar a cabo actos válidos en el ejercicio de sus derechos, por lo que, si pierden esta capacidad, serán declarados incapaces mediante sentencia judicial, en el caso de que la incapacidad solo afecte a uno de los esposos titulares de la kafala, esta no acabaría porque el otro podría seguir asumiendo la responsabilidad de la kafala. El fallecimiento de la mujer musulmana o de los dos cónyuges también pone fin a la kafala. La kafala también cesa por resolución judicial si la persona que asume la kafala no cumpliera con sus obligaciones de proteger, mantener, velar y educar al menor en un ambiente sano. También se acabaría si el kafil renunciase a su responsabilidad, solicitándolo al juez de tutelas argumentando y justificando su decisión o la kafala acabaría si el interés del menor así lo exigiera.

También están la situación en la que el menor abandonado es acogido en kafala por instituciones públicas que se encargan de la protección de la infancia y su disolución puede deberse a diversas razones.

Una vez finalizada la kafala, el menor retoma la posición de estar en desamparo, por lo que necesita medidas de protección, para lo que el juez de tutelas designa un tutor dativo, como así lo recoge el artículo 28 de la Ley de la kafala.

Por último, el artículo 29 deja la posibilidad de que los padres biológicos del menor puedan recuperar la tutela de este mediante resolución judicial, si los motivos por los que se dio la declaración de abandono hubieran cesado. Siempre teniendo en cuenta la opinión del menor.

-5. LA KAFALA Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

En una sociedad como la marroquí, la diferencia entre géneros es abismal, el machismo sigue siendo habitual en la vida privada de los marroquíes y también en ciertos aspectos de la vida pública y se contrasta obviamente que es una sociedad donde los hombres tienen el mayor peso en la sociedad, además esta situación es aún más difícil de solucionar en una sociedad donde la influencia de la religión musulmana es tan grande.

Si atendemos al informe publicado en 2014 en Ginebra por el Foro Económico Mundial (WEF, por sus siglas en inglés), en materia de igualdad de sexos, Marruecos ocupa el lugar 133 sobre 142 países analizados. Para realizar el estudio se utilizó tres indicadores: la participación de las mujeres en el mercado laboral, el acceso a la educación universitaria y a la sanidad, y la participación en la vida política.

Otro estudio realizado por la ONU, a través de una encuesta en Marruecos, reveló que el 69% de los hombres encuestados afirman que son ellos los que deciden cuándo su esposa puede salir de casa, otro dato de la misma encuesta estableció que el 48% de las mujeres entrevistadas, piensan que la idea de igualdad de género no forma parte de las tradiciones y cultura marroquíes.

Estos datos reflejan que en la sociedad marroquí hay una gran diferencia entre hombres y mujeres y no se respeta la igualdad de género.

-5.1. Las petites bonnes

Dentro del tema de la kafala y específicamente en la kafala notarial, hay un aspecto que es desconocido en nuestro país y que es el fenómeno de las “petites bonnes”.

Antes de explicar esta figura, hay que recordar que la kafala notarial no requiere la intervención de ningún juez y que se realiza en torno de un menor que no está abandonado, sino que, en estos casos, son los propios padres los que entregan a su hijo al kafil de una manera privada, normalmente ante un notario, de ahí el nombre de este tipo de kafala. Como esta kafala no se somete a los controles y prevenciones que la ley establece para los menores abandonados pueden darse situaciones en las que se vean perjudicados los propios menores, ya que podrán ser objeto de maltrato sin que se enterasen sus padres biológicos.

El lado poco conocido de la kafala notarial es la situación conocida como “petites bonnes”, por la cual un gran número de niñas procedentes de zonas rurales de Marruecos, son entregadas por sus padres en kafala y son llevadas a las ciudades donde trabajan como empleadas domésticas. Es una especie de

acuerdo privado, donde las familias reciben cada determinado período una compensación económica por la entrega de la menor, como consecuencia, las menores se encuentran en situaciones de explotación o de maltrato, considerándose esto como una especie de esclavitud moderna.

Las autoridades para remediar esta situación, legisló una Circular el 7 de febrero de 1996, donde se requiere a los Adules que investiguen a través de la Fiscalía General, si la persona que desea acoger en kafala al menor es apta para ello y si reúne los requisitos establecidos en la respectiva a los menores abandonados. A pesar de esta circular, la justicia marroquí no cuenta con vías para seguir y comprobar las kafalas notariales, debido a que no cuenta con los suficientes recursos materiales por lo que aún en la actualidad se dan casos de menores que son forzadas a trabajar, además también se las niega el ir a la escuela y en ocasiones son objetos de abusos verbales, físicos, emocionales y en el peor de los casos sexuales.

Se trata de una forma de discriminación contra la mujer y especialmente contra la niña, es muy difícil saber el número de niñas que se encuentran en esta situación debido a la invisibilidad, su ilegalidad jurídica y los perjuicios que podría acarrear a sus padres o a empleadores dificulta alguna declaración espontánea de alguna de las partes.

-6. LA KAFALA EN ESPAÑA

Como se ha comentado anteriormente, entre España y Marruecos hay una gran relación, esto sumado a su proximidad, ha hecho que un gran número de familias españolas hayan acudido a la figura de la kafala como un instrumento de protección de los menores. Según la asociación Amics dels Infants del Marroc, desde el 2001 hasta el 2015 ha habido en España 221 kafalas reconocidas de niños marroquíes, hay que tener en cuenta que los datos de esta asociación no son completos de todos los niños que se han kafalado en Marruecos, pero sirven para dar una idea aproximada.

El principal problema para un kafil que no habitase en Marruecos para volver a su país de origen con el makful marroquí, era conseguir la autorización del juez marroquí correspondiente. De esta autorización se remitirá copia al Consulado marroquí del lugar de residencia del kafil, con el propósito de llevar a cabo un seguimiento del cumplimiento de las obligaciones del kafil que asume una vez que se le otorga la kafala. A partir de 2003, debido a la Circular del Ministerio de Justicia de 1 de julio de 2003, por la que se insta a los jueces marroquíes si el país del que es originario el kafil reconoce la institución de la kafala, por lo que se deberá presentar ante el juez marroquí una prueba de la ley interna, de un convenio bilateral o demostrar la legalidad de la kafala en su país.

Más problemas causa la Circular nº40 S/2 en la que se insta a las autoridades marroquíes competentes para constituir la kafala que comprueben si el solicitante extranjero reside habitualmente en territorio nacional marroquí y en el caso que esto no se cumpliera, se dictamina a los jueces que denieguen la concesión de la kafala. Con esto, las autoridades marroquíes limitan la llamada kafala internacional, asegurándose con ello el cumplimiento de las condiciones que surgen con la kafala y cumplir con la finalidad que persigue esta institución, como es principalmente la educación al menor en la fe musulmana y el mantenimiento de la nacionalidad marroquí. En cambio, si los menores fuesen desplazados a Europa, el control y seguimiento de la kafala se hace imposible de realizar. Por lo que es evidente que a partir de esta Circular se ha hecho mucho más difícil constituir una kafala fuera del territorio marroquí.

-6.1 La entrada en territorio español del menor marroquí

En el caso en que una kafala sea constituida en Marruecos y el kafil de dicha kafala quiera trasladar al makful a residir en territorio español con él, habría que tener en cuenta las medidas que se tendrían que realizar en orden con el derecho de extranjería. El primer paso que habría que dar sería el de obtener el visado de entrada en el territorio español, que se solicita ante el consulado español correspondiente a la circunscripción territorial en donde se haya realizado la kafala.

Según el artículo 17 de la ley marroquí de 13 de junio de 2002 relativa a la kafala, “La disposición del juez tutelar designa a la persona encargada de la kafala como tutor dativo del menor que toma a su cargo”, siendo esta una figura que permitirá obtener, en el consulado correspondiente, un visado de entrada a España, siempre que se cumplan unos requisitos:

- Que con el certificado de idoneidad y los informes psicosociales se adjunte un escrito de constatación de uno de los centros marroquíes, donde se acogen niños abandonados, en el que se haya iniciado el trámite en el que conste que las personas que correspondan se han interesado por iniciar un trámite de una tutela dativa de un niño abandonado en el centro.

- Que los interesados tramiten directamente su documentación personal: los informes psicosociales y el certificado de idoneidad otorgados en la comunidad autónoma competente al consulado español competente de Marruecos para su remisión al centro de acogida en donde se encuentre el menor.

- Que se presente en el consulado general de España territorialmente competente en Marruecos la siguiente documentación para la obtención del visado: certificado de idoneidad; informe psicosocial; copia del Documento Nacional de Identidad, en el caso de ciudadano español o copia de la tarjeta de residente comunitario; Libro de Familia; pasaporte del menor; tres fotografías de

éste; impreso de solicitud del visado cumplimentado; certificado médico del menor; certificación de que éste ha sido declarado oficialmente en abandono; orden del Wali (gobernador) de entrega del menor; acta del asistente social de entrega del menor; acta de otorgamiento de la tutela dativa constituida ante el juez del tribunal de primer instancia; acta de aceptación de la tutela y autorización del tribunal de primera instancia para viajar el menor con su tutor, autorización del juez de tutelas para que el menor viaje fuera del territorio nacional y conviva o resida habitualmente con la familia que le acoge en el extranjero; acta de nacimiento del menor; compromiso escrito ante el consulado de quien va a acoger al menor de asumir, respecto de éste, la obligación de garantizar su alojamiento, manutención, cobertura económica suficiente y adecuada, así como a su asistencia sanitaria...; traducción al árabe de los documentos legalizados; informe positivo de la delegación de gobierno correspondiente, y presentación, junto con los originales, de fotocopias de todos los documentos.

De acuerdo con una Instrucción de la Secretaría General de Inmigración y Emigración de 2007 sobre acogimiento de menores extranjeros por ciudadanos españoles y el documento denominado kafala, hay dos vías para la solicitud del visado para la entrada en territorio español de un menor acogido en kafala.

Por un lado, está la opción de que la kafala se haya constituido con la intervención de los padres biológicos del menor, sin importar de que en el procedimiento hubiesen intervenido o no autoridades judiciales o públicas, siempre se considerará que el documento no establece entre el ciudadano español o extranjero residente en nuestro país y el menor extranjero un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa. Debido a esto, no pudiendo reconocerse al ciudadano español responsable legal del menor extranjero, la acogida deberá ser de carácter temporal tramitándose de acuerdo con el artículo 187 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Esta acogida “necesitará la autorización expresa de quien ejerza la patria potestad o tutela, así como el informe previo favorable del subdelegado del Gobierno o Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, en cuyo territorio vayan a permanecer”. Además, el artículo 187.2 establece el requisito de “verificar la existencia de compromiso escrito de facilitar el regreso al país de origen de los menores, y el conocimiento de que el desplazamiento del menor no tiene por objeto la adopción”.

La segunda opción posible a la hora de pedir el visado sería que la kafala se hubiese constituido sin los padres biológicos del menor, bien por ser huérfano, por no estar determinados o por haber sido declarado abandonado por la autoridad marroquí competente y habiendo intervenido la autoridad judicial o administrativa en el procedimiento, en orden a la protección del interés del menor, se considerará que dicho documento sí que establece entre el ciudadano español o extranjero residente en España y el menor extranjero un régimen equiparable a la tutela dativa, tal como se contempla en el artículo 17 de la Ley marroquí 15-01 de kafala de menores abandonados. Otorgándose con ello, la consideración al kafil, de representante legal del menor marroquí, por lo que en

este caso la acogida tendría carácter permanente y no temporal como en la situación anteriormente explicada.

-6.2. Reconocimiento en España de kafalas aceptadas en el extranjero

La constitución de la kafala es un acto de jurisdicción voluntaria y surgirán efectos jurídicos en el territorio español a través del reconocimiento, sin que sea necesario acudir a la vía del exequátur. La resolución extranjera deberá pasar por un reconocimiento que realizará un control del cumplimiento de los requisitos procesales. Se controlará la autenticidad del documento, su veracidad, que acredite el carácter público (art. 323.2º y 323.1º LEC) y se requerirá traducción al español (art.144 LEC).

El punto que más problemas puede plantear es el de los efectos de la kafala extranjera en el orden público internacional español, por ejemplo el marco bilateral constituido a través del Convenio entre España y Marruecos del 30 de mayo de 1997, se ve bloqueado, en virtud de los artículo 23 y 30 del propio Convenio, debido a que en situaciones se vulneraría el orden público del Estado en que se solicita la ejecución, por lo tanto si las resoluciones judiciales contienen disposiciones contrarias al orden público del Estado en que se solicite la ejecución, no serán válidas.

No obstante, la kafala desde una perspectiva global de la institución, no crearía ningún desequilibrio con el orden público del ordenamiento español, cosa que sí ocurriría respecto de la adopción en el ordenamiento marroquí, ya que se trata de una institución destinada a la protección del menor y aunque la institución sea ajena y extraña a nuestro ordenamiento, no es contraria a nuestros principios y valores.

Además, la existencia de la kafala es reconocida a nivel internacional, ya que está recogida tanto en Convenio sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, como en el Convenio de la Haya (CH en adelante) de 19 de octubre de 1996 en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, donde se establece un sistema de reconocimiento de esta figura como medida indiscutible de protección del niño y entra en el ámbito de aplicación del Convenio.

Este Convenio tiene gran importancia respecto de la figura de la kafala, ya que ambos países lo tienen en vigor dentro de sus respectivos ordenamientos. El Convenio será de aplicación a todos los menores desde su nacimiento hasta los 18 años y el Convenio se aplicará en relación con la responsabilidad parental, guarda, tutela, representación, acogimiento, asistencia, etc., incluyendo la kafala.

En el caso que la medida de la kafala sea constituida por un Estado parte del Convenio, como es el caso de Marruecos, el artículo 23 CH establece que “las medidas adoptadas por las autoridades de un Estado contratante se reconocerán de pleno derecho en los demás Estados contratantes”. Aunque en ese mismo artículo se enumeran una serie de puntos sobre los cuales la autoridad competente española podrá realizar un control y en última instancia, denegar el reconocimiento de las medidas adoptadas, que son:

- La competencia del Estado en base a las disposiciones del CH.
- La existencia de violaciones de derechos fundamentales en el procedimiento del Estado requerido, exceptuando si existiese un caso de emergencia.
- Si una persona sostiene que la medida vulnera su responsabilidad parental, excepto situaciones de urgencia.
- Si el reconocimiento es contrario al orden público del Estado requerido.
- Si la medida es incompatible con una medida adoptada posteriormente en el Estado no contratante de la residencia habitual del niño, cuando esta última medida reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado requerido.
- Si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 33, el cual se mencionará más adelante.

Si tras dicho control, la autoridad española descubre que no se cumplen una o varias de las directrices mencionadas anteriormente, el reconocimiento de la medida puede ser denegado.

En el caso específico de la kafala, el CH regula el artículo 33, donde se regula la denominada kafala transfronteriza que tiene lugar cuando una kafala es constituida en un Estado, pero tiene que desarrollarse en otro Estado contratante, como en este caso sería entre Marruecos y España. El artículo 33 CH, que sería aplicable en esta situación, establece que “cuando 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”. Cuando la autoridad española competente haya aprobado el acogimiento del menor, la autoridad del Estado requirente, en este caso Marruecos, podrá adoptar la medida correspondiente.

Es muy importante para la protección del menor que haya siempre una validez extraterritorial de las decisiones para que las medidas de protección adoptadas en un Estado sean vinculantes allá donde se traslade el menor, sin que el hecho

de cambiar de un Estado a otro, le suponga una vulneración o una disminución de su protección. Por esto, el principio del supremo interés del menor se adapta y pasa a ser también el principio “de continuidad en la protección del menor”.

Si se diese el caso de que el Estado, donde la kafala fue constituida, no estuviese dentro de los estados contratantes del CH, entonces entraría en juego la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (en adelante, LAI). Su artículo 34 regula las instituciones de protección del menor que no producen vínculos de filiación y estipula que en el ordenamiento español se equiparán al acogimiento familiar. La autoridad española competente hará un control, antes de equiparar estas instituciones que no producen vínculos de filiación, con el acogimiento familiar o la tutela, instituciones propias del ordenamiento español. El control versará sobre:

- Que se hayan observado los requisitos formales que se exigen en el país donde se hayan otorgado los documentos (art. 323.1 LEC).

- La autenticidad del documento, demostrado mediante legalización o apostilla (art. 323.2 LEC).

- Traducción de la resolución de la kafala al español (art.144 LEC).

- Que el documento respete el orden público internacional español.

Si se diese el caso que el documento superase dicho control, la resolución extranjera de la kafala sería reconocida en España.

-7. TÉCNICA DE LA SUSTITUCIÓN Y POSIBLE ASIMILACIÓN

Una vez que la kafala ha sido aceptada, el niño kafalado, o makful, ya podrá beneficiarse de los efectos de esta institución. Por lo que el reconocimiento de esta institución en el ordenamiento español conlleva a cuestionarse cuáles serán los efectos que causará la kafala en España.

Para determinar esto, hay que ver si la kafala se puede sustituir por alguna de las instituciones propias de nuestro ordenamiento, cuya finalidad sea la misma que la de la kafala, que es la protección del menor. Todo ello, estará condicionado dependiendo del resultado del test de equivalencia, en el que habrá que acercarse al ordenamiento marroquí, para conocer si hay alguna figura afín o equivalente entre los dos ordenamientos, pero esto se desarrollará más adelante.

En este caso, vamos a comprobar si existe una institución que se asemeje a la kafala, para ver si puede operar la sustitución y una vez realizada, ver los efectos regulados en el ordenamiento español para una figura extranjera. Dentro de las instituciones internas del ordenamiento español, hay tres que parecen que pueden ser candidatas que son la adopción, el acogimiento familiar y la tutela.

Pero como ahora se va a exponer, ninguna de ellas reúne los requisitos y características para operar la sustitución.

-7.1. La adopción

En primer lugar, si nos centramos en las funciones que realiza la kafala judicial, que a parte del lado material y económico como es el deber de manutención, la sanidad, el vestido, etc., también están las funciones de protección del menor, así como las funciones de carácter más espiritual como puede ser el caso de educarle a través de ciertos valores, al englobar todas estas funciones se puede observar con facilidad la similitud que tiene la kafala con la adopción, además se puede constatar más por el hecho de que el artículo 2 de la Ley marroquí nº15-01 de kafala de menores abandonados, establece que la kafala deberá efectuarse “del mismo modo que lo haría un padre con su propio hijo”.

Desde el punto de vista del derecho internacional, también ha quedado claro la semejanza que existe entre las dos instituciones, por ejemplo, en la reseña del Convenio de la Haya de 1996 sobre la protección internacional de los niños se declara que la kafala es una “institución del derecho islámico, equivalente funcional de la adopción”. Aunque en el mismo texto se señala que la kafala se encuentra fuera del ámbito de aplicación del Convenio sobre Adopción Internacional de 23 de mayo del 1993, esta exclusión se debe fundamentalmente a que la kafala no establece nunca vínculos de filiación y que tampoco genera derecho a la sucesión.

Este último punto mencionado es crucial para determinar la imposibilidad de convertir la kafala en una adopción, ya que la adopción tiene por principal fin el crear un vínculo de filiación, atribuyendo como consecuencia al adoptado, el estado civil de “status filli”. Aunque si bien es cierto, que en el resto de las funciones de la adopción son casi idénticas al de la kafala y que la meta final perseguida por ambas instituciones es la misma que es la protección del menor.

La diferencia entre las instituciones así como la imposibilidad de su conversión, ha sido reconocido por la Dirección General de los Registros y del Notariado desde hace tiempo, por ejemplo el órgano, ya en 1992 declaraba a través de una resolución que “no guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el ordenamiento español: no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados; no implica la alteración en el estado civil de estos y solo alcanza a establecer una obligación personal por la que se hace cargo de un menor y ha de atender a sus necesidades de manutención”. Esta doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha sido reiterada como puede observarse en la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales, en la que se establece que no será reconocida en el

ordenamiento español como adopción, la institución extranjera que no cree vínculos de filiación porque “se trata de un efecto absolutamente fundamental. La adopción debe ser en este sentido una institución que procura el desarrollo integral del niño en el seno de una familia estableciendo el mismo vínculo de filiación que el que tienen los hijos por naturaleza”.

Por todo ello, se concluye que la kafala no será conocida en España como adopción y no entrará dentro del sistema creado en los artículos 25 y siguientes de la LAI relativo al reconocimiento en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales.

Una vez aclarado que en el ordenamiento español la kafala no podría asimilarse a la adopción, hay que analizar si la kafala musulmana puede ser convertida en adopción en virtud del artículo 30.4 de la LAI que establece que: “La adopción simple o no plena constituida por autoridad extranjera competente podrá ser convertida en la adopción regulada por el Derecho español cuando se den los requisitos previstos para ello, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria”.

En primer lugar, la adopción simple está admitida en algunos ordenamientos extranjeros, en España no porque al no producir los mismos efectos que una adopción plena respecto a la filiación, provocando con ello una vulneración el principio constitucional de la igualdad recogido en el artículo 14 CE, así como el artículo 39.2 que regula que “los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación”. La adopción simple atribuye al menor un estatuto jurídico similar al de las relaciones paterno-filiales reguladas en nuestro ordenamiento, pero concurriendo en la adopción simple las siguientes características:

- Posibilidad de revocar la adopción, bien por el adoptante, el adoptado o ambos.
- Que el adoptado mantenga vínculos con su familia biológica.
- Que el adoptado en forma simple no tenga los mismos derechos de los que goza el adoptado en forma plena o el hijo biológico.
- Que la adopción se haya realizado ante una autoridad extranjera que carezca de carácter judicial.

Una adopción simple, podría convertirse en adopción plena, que es la única admitida en el ordenamiento español, a través del citado artículo 30.4 LAI, completando los requisitos necesarios que serían aceptar la irrevocabilidad de la adopción realizada y la ruptura total de los vínculos jurídicos del hijo adoptivo con la familia biológica, como lo establece la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de noviembre de 2005.

A pesar de esto, hemos visto anteriormente que el estatuto jurídico en el que se encuentra un menor kafalado no puede equipararse a los efectos de la filiación en nuestro ordenamiento. Por lo que la kafala no podría convertirse en adopción

plena a través del mecanismo del artículo 30.4 LAI, ya que la kafala no puede ni considerarse como una adopción simple.

-7.2. Acogimiento familiar y tutela

El acogimiento familiar y la tutela son las otras dos instituciones de nuestro ordenamiento en las que se podría producirse la sustitución de la kafala. Ambas presentan coincidencias con la kafala, pero estas no son suficientes para que se produzca la plena sustitución.

Un problema evidente que surge al comparar estas medidas de protección es que hay una gran diferencia entre el ordenamiento español y el ordenamiento marroquí que es de inspiración coránica, en el ámbito del derecho de familia la diferencia es tal, que en el ordenamiento marroquí no existe, algo tan básico como es en nuestro ordenamiento, la patria potestad o custodia. Aspecto a tener en cuenta a la hora de buscar la equivalencia con instituciones de nuestro Derecho que tienen como fin el realizar esa tarea.

Otro problema importante es que la kafala, pese a ser una sola institución, puede tener varias modalidades, como por ejemplo ser judicial o notarial y como consecuencia la institución española con la que se podría realizar la sustitución tendría que ser lo suficientemente versátil para que pudiese contener toda esa tipología.

En el caso de que la kafala sea judicial y exista una declaración de abandono del menor, para tener en cuenta la posible sustitución hay que ver las instituciones del Derecho español y en estas situaciones, está regulado que sea la propia Entidad Pública la que aprecie la situación sin la necesidad de declaración judicial como así lo establece el artículo 172 CC. Lo que perseguirá la Entidad Pública será la reinserción familiar del menor en cuanto sea posible.

Por otro lado, en el ordenamiento marroquí no se recoge la posibilidad de reinserción familiar, sino el nombramiento de un tutor dativo a través del cual se intentará la reinserción del niño en la sociedad. El artículo 29 de la Ley 15-01 de kafala de menores abandonados establece que los padres podrán recobrar la tutela del menor después del cese de los motivos de la declaración de abandono, pero estando supeditado a decisión judicial y teniendo en cuenta la voluntad del menor dependiendo de su edad.

En el ordenamiento español, en los casos en los que no sea posible la reinserción familiar y la adopción no resulte apropiado, entonces se podrá constituir un acogimiento familiar permanente. Esta figura, está recogida en el artículo 173 CC, el cual declara que “el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las

obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo”.

Comparando estas funciones con las de la kafala se puede comprobar que son muy parecidas, a pesar de ello, las funciones de la kafala otorgan una responsabilidad mayor al kafil sobre el makful que al acogedor sobre el acogido. En la kafala aparte de la exigencia de hacerse cargo del menor “como lo haría un padre de su propio hijo”, también tiene la obligación de educarle según la fe del islam y administrarle los bienes como así lo declara el artículo 235 del Código de Familia Marroquí.

Además de que hay un menor grado de compromiso, otra diferencia respecto estas dos instituciones es que el acogimiento familiar puede cesar a propuesta de los acogedores, previa comunicación a la Entidad Pública, o bien solicitado por el propio menor si este dispusiese de la madurez suficiente. Mientras que para el cese de la kafala es necesario una resolución judicial.

Por lo visto anteriormente, es obvio que el acogimiento familiar, pese a tener funciones similares con la kafala, no se puede considerar como figuras equivalentes.

A continuación, vamos a tratar de ver la viabilidad de la sustitución entre la que tutela y la kafala. La tutela es una institución que suple la falta de patria potestad y tiene como principal fin de sustituir la capacidad de obrar de quien carece de ella. El artículo 239.1 CC regula que “la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por ministerio de la ley a la Entidad Pública”, cuando ya disponga de la tutela, tomará las medidas necesarias ante la imposibilidad de reinserción familiar que será o la adopción o el acogimiento familiar. El artículo 239 también da la posibilidad de que se designe un tutor ordinario, “cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste”.

El principal problema entre las funciones que realiza la tutela y la kafala, es que la principal función de la tutela es suplir la falta de patria potestad, y en el Derecho marroquí no existe una noción similar a la patria potestad. Aunque se estimase que las funciones de la kafala vendrían a ser las que integra la patria potestad, por lo que podría suplir el papel de la tutela, seguiría existiendo un grave problema para la equivalencia.

Por un lado, en las kafalas notariales, no se tendrá que suplir la capacidad de obrar del menor, porque esto ya lo hacen los padres de este, manteniendo su representación, debido a que con la kafala notarial lo que se logra es una delegación de la autoridad parental porque los padres siguen teniendo la patria potestad, por lo que sería imposible una equivalencia de funciones.

Por otro lado, en las kafalas judiciales, a pesar de que lo habitual sea que se nombre al kafil como tutor dativo del menor, puede ocurrir que esto no sea así, ya que se puede designar a otra persona como representante legal, una posibilidad que regula el artículo 269 CFM, que declara que “si el representante legal tuviese intención de realizar un acto que oponga sus intereses, los de su

cónyuge o los de uno de sus ascendientes o descendientes, a los intereses del incapacitado, se dirigirá al tribunal, que podrá autorizarle a esos fines y designar un representante del incapacitado para la conclusión del acto y la preservación de los intereses del incapacitado”.

Además de todas estas diferencias, hay que añadir la carencia de libertad del kafil para trasladar al menor al extranjero, por lo que no podría establecer su residencia fuera de Marruecos, para ello necesitaría la autorización del Juez de Tutelas.

Tras lo visto anteriormente, se hace evidente la diferencia entre el derecho de familia español y el marroquí, ya que, si bien las funciones que realiza la patria potestad son conocidas en el Derecho marroquí, no tienen una única institución que regule todas sus funciones. Además, la figura de la kafala no puede entenderse fuera del Derecho islámico y teniendo en cuenta que no existe la adopción, se trata de la única figura que proporcionará protección al menor abandonado.

Desde la perspectiva del ordenamiento español, la kafala es una institución que tiene una gran diversidad de funciones, lo que hace más difícil si cabe la posibilidad de la asimilación con cualquier figura de nuestro ordenamiento. Ninguna de las instituciones anteriormente vistas, la adopción, el acogimiento o la tutela, posee la necesaria versatilidad para hacer frente a las diferentes formaciones de la kafala y a pesar de que muchas funciones coinciden, ninguna de ellas podría tener la equivalencia necesaria para permitir la sustitución.

-8. TESIS DE LA EQUIVALENCIA FUNCIONAL

La imposibilidad de asimilar la figura de la kafala a una de las instituciones propias de nuestro ordenamiento, puede ser un problema práctico ya que en nuestro país han sido reconocidas las resoluciones marroquíes relativas a la kafala, por lo que estas resoluciones producirán unos efectos.

Ante esta situación, se ha optado por una alternativa que tenga en cuenta las características de esta figura extranjera y al hecho de que no existe en nuestro ordenamiento una figura de protección del menor equivalente a la kafala. Para ello, se va a dar una solución casuística, es decir ocuparse de los diversos supuestos que abarca la kafala, con lo cual habría que fijarse en cada caso concreto, para así fijar que función desarrolla en cada ocasión. Una vez hecho, se buscará que figura española cumpla una función similar, formándose así una equiparación funcional, pero reduciendo los efectos que se quiera que realice la resolución.

Desde este punto de vista, el artículo 34 LAI regula que las instituciones de protección de menores constituidas por una autoridad extranjera y que no

determinen ningún vínculo de filiación (como es el caso de la kafala), se equiparan al acogimiento familiar, o en su caso, a la tutela, ya que son las figuras de nuestro ordenamiento que son más equiparables entre ellas.

El artículo 34, establece una serie de condiciones que se deben cumplir para que la institución extranjera entre a nuestro ordenamiento y son:

- 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.

- Que las instituciones de protección hayan sido acordadas por autoridad extranjera competente, sea judicial o administrativa. Se considerará que la autoridad extranjera que constituyó la medida de protección era internacionalmente competente si el supuesto presenta vínculos razonables con el Estado extranjero cuyas autoridades la han constituido.

No obstante lo establecido en la regla anterior, en el caso de que la institución de protección no presentare conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares con el país cuya autoridad ha constituido esa institución se estimará que la autoridad extranjera carecía de competencia internacional.

- Que los efectos de la institución de protección extranjera no vulneren el orden público español atendiendo al interés superior del menor.

- Que el documento en el que consta la institución constituida ante autoridad extranjera reúna los requisitos formales de autenticidad consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción al idioma español oficial. Se exceptúan los documentos eximidos de legalización o traducción en virtud de otras normas vigentes”.

La equiparación de la kafala a un acogimiento o a una tutela del artículo 34 LAI, se entiende como la vía para reconocer los efectos de la kafala en el ámbito exclusivo de la adopción internacional. Aunque esto no impida, que la resolución de la kafala pueda producir otros efectos en otro ámbito distinto.

Respecto de la conversión de la kafala en adopción a través de la equivalencia funcional esto no es posible ya que como hemos comentado anteriormente, está la diferencia insalvable de que la adopción crea vínculo de filiación mientras que la kafala no.

A pesar de ello, a través del artículo 34 LAI, se ha hecho posible la constitución de adopciones ex novo, de menores que se encontraban en el régimen de la kafala marroquí, falseando así totalmente la finalidad y las características de la institución de la kafala.

Esta situación se da en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de junio de 2011. El Auto trata de “un menor (marroquí) está residiendo en España, bajo la guarda y cuidado de los instantes, a quienes se ha otorgado la tutela

dativa "Kafala"”. Este Auto en virtud de que el menor y su familia cumplían con lo dispuesto en el artículo 120.3 del Código de Familia Catalán (derogado ya), al haber estado el menor más de un año en situación de acogida preadoptiva la Audiencia Provincial de Barcelona declara que “se extinguen los vínculos jurídicos entre el menor Pedro Jesús y sus padres biológicos y los apellidos del menor serán a partir de ahora los de los adoptantes”.

Esta vertiente jurisprudencial facilita la constitución de una adopción ex novo, que se deriva de la equiparación funcional entre la kafala y el acogimiento y la tutela regulado en el artículo 34 LAI y luego se apoya en el artículo 176.2. 3º que establece que no requerirá propuesta a la Entidad Pública si se da la circunstancia de “llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo”. Esto ha hecho posible que, sin llegar a una equiparación entre la kafala y la adopción, es posible que siguiendo los requisitos de la ley sustantiva española se pueda constituir una adopción del makful. Siendo incluso posible aun cuando la ley nacional del adoptando no permite la adopción, siempre que el menor se encuentre en situación de abandono, ya que si no fuese ese el caso y se tratase de una kafala notarial nunca se podría constituir una adopción.

En la actualidad, esto no podría pasar debido a que con la reforma de la ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se introduce una modificación en el artículo 19 LAI que establece que “en el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción”. Esto lo hace para evitar así “adopciones claudicantes” como así lo dice la propia exposición de motivos de la ley.

-9. JURISPRUDENCIA

Tras hacer el estudio de la figura de la kafala así como su posible incursión en el ordenamiento español, a continuación vamos a desarrollar varias sentencias y autos que se dictaminan en procesos que pivotan en torno a la kafala marroquí.

En primer lugar, voy a traer a colación el Auto nº173/2017 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. Se trata de un auto que es visto por la Audiencia Provincial a través de un recurso de apelación, como parte apelante está el Ministerio Fiscal y como apelados está un matrimonio español. Se apela un Auto de 7 de abril de 2017 del Juzgado de Primera Instancia nº16 de Palma de Mallorca, por el cual se acordaba la adopción de un menor marroquí, que convivía y residía legalmente en España gracias a la previa atribución en territorio marroquí de la kafala.

El Ministerio Fiscal apela esta decisión basándose en que el menor de edad mantiene la nacionalidad marroquí y no está en situación de desamparo, por lo que en tal caso debería operar la limitación del artículo 19.4 de la Ley de Adopción modificada, por Ley 26/2015 de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, que dice que “en el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública” y cabe recordar además que el artículo 149 de la Mudawana o Código de Familia Marroquí establece que “La adopción (Attabani) será jurídicamente nula y no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima”.

Ante esto, la Audiencia Provincial señala que “la adopción no existe en los términos de la Mudawana, sino que es el término de la Kafala según la Ley nº 01-15 del 13/06/2002. Es decir, la ley nacional marroquí no prohíbe expresamente las adopciones; tan solo es una figura o institución que no existe en la Ley; siendo la Kafala la institución de máxima protección para los niños abandonados. Atendiendo a la inexistencia de tal prohibición...” A parte de este razonamiento, la sala también declara que como lo establece la L.O. 8/2015, de 22 de Julio, “si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responde a los intereses del menor”. Finalmente, la Audiencia desestima el recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal basándose principalmente en los dos motivos anteriores.

En mi opinión este Auto no tiene en cuenta la limitación del artículo 19.4 LAI y hace a mi parecer una interpretación poco fiable ya que por un lado, en este Auto se obvia que dicha limitación también ocurre en los países cuya ley nacional no contemple la adopción y por otro lado el Auto señala que “la ley nacional marroquí no prohíbe expresamente las adopciones; tan solo es una figura o institución que no existe en la Ley”, siendo esto erróneo ya que el anteriormente mencionado artículo 194 de la Mudawana, establece como jurídicamente nula la adopción. El otro argumento de la Audiencia para desestimar el recurso al Ministerio Fiscal es que en el preámbulo de la L.O 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia se indica que en el caso en que una disposición jurídica pueda ser interpretada de más de una forma, se debe optar por la interpretación que responda a los intereses del menor. Por lo tanto, la Audiencia basa su decisión final en el interés superior del menor y, por consiguiente, no desestima la adopción del menor marroquí, ya que la figura de la adopción protege mejor los intereses del menor que el acogimiento familiar o la tutela.

Además de esta sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, es clara la línea jurisprudencial española de reconocer la adopción a menores marroquíes que han residido legalmente en territorio español a través de la figura de la kafala. Esta línea jurisprudencial también se puede ver, por ejemplo, en el Auto de la Audiencia Provincial de Girona 247/2017.

Por otro lado, desde la óptica del derecho comparado, cabe destacar una sentencia del ordenamiento francés, esta es la Sentencia de la Sala 1ª de la Corte de Casación de 10 de octubre de 2006, por la cual se revoca una sentencia que había otorgado la adopción simple de un niño argelino, tras residir un año en Francia, a través de una kafala. La Corte de Casación justifica esta decisión ya que dice que vulnera el artículo 370-3, párrafo 2, del Código Civil francés, el cual establece que “la adopción de un menor extranjero no puede ser pronunciado si su ley personal prohíbe esta institución (adopción), excepto si el menor ha nacido y reside habitualmente en Francia”. La sentencia, revoca a la Corte de Apelación, la cuál había justificado la adopción del menor ya que “a pesar de la prohibición de la adopción, las autoridades argelinas confían niños a desconocidos sabiendo que se producirá una adopción y que, en dicho caso, el niño ha sido objeto de un abandono definitivo e irrevocable y que, no teniendo filiación, y estando destinado a permanecer en Francia, tenía interés en tener filiación y ser adoptado”. Pero a pesar, de dicha justificación, finalmente, la Corte de Casación argumentó que esta decisión era contraria al artículo 370-3 del Código Civil, por lo que revocó la adopción del menor argelino.

A pesar de que este caso pertenezca a un ordenamiento extraño como es el francés, hay muchas similitudes en los 2 casos. Para empezar el artículo 19.4 LAI se asemeja mucho al artículo 370-3 del Código Civil francés, ya que ambos recogen la prohibición de la adopción en el caso de que esta no esté reconocida por el país extranjero. Las situaciones también son muy parecidas, ya que en ambos casos se ha recurrido la sentencia previa, a pesar de que en el caso francés se trate de una sentencia y no de un auto y que el órgano que juzga es la Corte de Casación que, en el orden judicial francés, es la jurisdicción más alta. A pesar de todo ello, los fallos han sido muy diferentes, por un lado, en el ámbito del Auto, se ha admitido la adopción del menor marroquí, a pesar de que con ello no se tenía en cuenta en artículo 19.4 LAI, mientras que la Sentencia francesa ha desestimado la adopción del menor argelino, ya que vulneraba un precepto del Código Civil francés, a pesar de que, con ello, se podría perjudicar el interés del menor.

Por lo que analizando conjuntamente esta sentencia francesa y el auto español, se puede ver con facilidad las diferentes resoluciones adoptadas, siendo los casos muy parecidos y pivotando casi sobre el mismo precepto legal, a pesar de tener dos artículos diferentes en dos ordenamientos distintos. En mi opinión, el fallo de la sentencia francesa es más correcto, ya que con su aplicación consigue dos resultados que no se dan en el auto español y que son por un lado, el no vulnerar tu propio derecho positivo y por otro lado, el no desfigurar y dejar sin valor una figura como es la kafala, ya que esto se consigue al posibilitar que se parta de una institución, con unas cualidades propias como es la kafala, destacando entre ellas el hecho de que no genera vínculos de filiación, se llegue a la situación en que se acabe convirtiendo en una adopción, figura que tiene unos fines casi equivalentes con los de la kafala pero que siguen siendo muy diferentes, como se ha estudiado previamente. Por otro lado, el auto de la

Audiencia Provincial, señala que se tiene que interpretar las normas siempre para que la interpretación responda lo mejor posible a los intereses del menor, obviamente se trata de un punto de vista válido, pero en mi opinión, ello no justifica el poder interpretar de una forma tan amplia el citado art.19.4 LAI, porque la situación que se daría si no se concediese la adopción, tampoco dejaría al menor en una situación de desamparo, ya que en el caso de Ezequías, el menor marroquí del Auto, seguiría bajo la tutela del matrimonio español residiendo con ellos en España.

-10. CONCLUSIÓN

Tras el análisis previo de la figura de la kafala, en este punto voy a exponer las principales ideas y opiniones sobre esta figura ajena a nuestro ordenamiento.

En primer lugar, es muy importante para poder comprender esta institución, tener siempre en cuenta que se trata de una figura jurídica que proviene de la religión islámica y además de la prohibición de la adopción en el mundo musulmán. Como ya se ha explicado anteriormente, esta prohibición se debe a que en el islam la preservación de los lazos de sangre es muy importante una filiación que no fuese biológica, vulneraría estos lazos de sangre y tergiversaría su concepto de familia.

Por todo ello se crea en los ordenamientos de países musulmanes la figura de la kafala, tratándose de una figura de caridad, hacía los más desfavorecidos como son en este caso los menores abandonados. A pesar de su origen caritativo, la kafala se ha utilizado como un modo de explotación infantil, especialmente femenino, ya que a cambio de un pago a los padres biológicos del menos, entregan por medio de la kafala notarial al menor que es muchas veces utilizado como mano de obra barata o gratuita, por ejemplo, en labores domésticas, o en el peor de los casos como esclavas sexuales.

Por otro lado, la kafala también ha sido utilizada por muchos ciudadanos, la mayoría de los cuales europeos, para conseguir la custodia de un menor de una forma mucho más rápida y sencilla que por medio de la adopción. Para ello fingían convertirse al islam solo para poder cumplir los requisitos establecidos para la concesión de la kafala. Esto fue arreglado posteriormente con la Circular de septiembre de 2012, nº 40 S/2 según la cual se exige que los solicitantes de una kafala tienen que tener su residencia habitual en Marruecos.

Finalmente, en lo respectivo a la introducción de la kafala en el ordenamiento español, a mi parecer hay una discrepancia en lo dispuesto en la LAI y lo que la gran mayoría de las sentencias dicta, ya que mientras la LAI establece que no se puede conceder la adopción a un menor procedente de un país donde la adopción este prohibida o no esté contemplada, las sentencias tienden a dar la adopción de menores marroquíes que han entrado en España a través de la

kafala, justificando esta decisión los jueces y magistrados en virtud de la protección de los intereses del menor. Creando con ello una inseguridad jurídica que a mi parecer no beneficia a la figura de la kafala y que transforma su esencia al permitir que se asimile a la adopción, siendo figuras que aunque sean parecidas no son equivalentes.

-11. Bibliografía

-Libros

-CALVO CARAVACA, A/ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (reflexiones y comentarios), COMARES editorial, Granada, 2013.

-DIAGO DIAGO, P. Repercusiones de la nueva Mudawwana en la inmigración marroquí. Instituto de Estudios Islámicos, Zaragoza, 2004.

-Artículos

-QUIÑONES ESCAMEZ, A/ RODRIGUEZ BENOR, A/ ZEKRI, H/ OUHIDA, J. "Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes". Fortalecimiento y Modernización de la Administración de la Justicia en Marruecos

-DIAGO DIAGO, P. "Concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho Internacional Privado" Revista AequAlitas, 2011.

"La kafala islámica" Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2010), Vol. 2, Nº1. Millenium. Derecho. [en línea] 11 de junio de 2018. Disponible en:

<http://www.millenniumdipr.com/e-68-5-n%C2%BA-2-denegacion-de-constitucion-de-kafala-por-parte-de-extranjeros-que-no-residenhabitualmente-en-marruecos-circular-n%C2%BA-40-s-2-reino-demarruecos>

-ORTEGA GIMÉNEZ, A. "La kafala de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España". Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 819-826.

-CORDERO ALVÁREZ, C. "Adopción en europa y efectos de la kafala en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos". Anuario español de derecho internacional privado, 2012.

-MARCHAL ESCALONA, N. "La kafala marroquí: Problemas de ayer, hoy y mañana. Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia", 07/2013. Disponible en:

http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/2407/articulos_la-kafala-marroqui.pdf?sequence=1&isAllowed=y

-LÓPEZ ANCONA, A. "La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos español y marroquí". ADC, tomo LXVI, 2013, fasc. III. Disponible en:

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2013-30104501108 ANUARIO DE DERECHO CIVIL La protecci%F3n de los m enores en situaci%F3n de desamparo (o abandono) en los Derechos esp a%F1ol y marroqu%ED

-LLORENT BEDMAR, V. "Las "Petites Bonnes" marroquíes: causas y consecuencias socioeducativas". Educatio Siglo XXI, Vol. 31 nº 1 · 2013, pp. 335-356. Disponible en:

<http://revistas.um.es/educatio/article/view/175201/148341>

-CABALLERO RUIZ, V. "Régimen jurídico de la kafala marroquí en el Derecho español". EGM. Publicación semestral. ISSN: 1988-3927. Número 11, septiembre 2012. Disponible en:

<https://elgeniomaligno.eu/regimen-juridico-de-la-kafala-marroqui-en-el-derecho-espanol-i-vanesa-caballero-ruiz/>

-Jurisprudencia

España

-Resolución de la Dirección general de Registros y Notariado del 14 de mayo de 1992.

-Resolución de la Dirección general de Registros y Notariado del 18 de octubre de 1993.

-Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

-Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona el 8 de julio de 2008 (Roj: AAP B 4760/2008).

-Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona el 27 de junio de 2011 (Roj: AAP B 4599/2011).

- Auto de la Audiencia Provincial de Girona el 18 de diciembre de 2017 (Roj: AAP GI 1116/2017).
- Auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca el 25 de octubre de 2017 (Roj: AAP IB 315/2017).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 31 de enero de 2008 (Roj: STSJ M 2512/2008).
- Sentencia del Tribunal Supremo el 9 de diciembre de 2011 (Roj: STS 8175/2011).

Tribunales internacionales y europeos

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos TEDH de 4 de octubre de 2012. Harroudj c. Francia.
- Sentencia de la Sala 1ª de la Corte de Casación de 10 de octubre de 2006 en Francia.
- Circular nº 40 S/2 del Ministerio de Justicia y Seguridad Marroquí.

-Legislación

Interna

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- 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 Ley Orgánica 2/2009.

Internacionales

- Convenio sobre los Derechos del Niño, que tuvo lugar en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989. Publicado en BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.
- Convenio de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la legislación aplicable, el reconocimiento, la aplicación y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección del niño, que se aprueba en el Marco de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado. Publicado en BOE núm. 291 de jueves 2 de diciembre de 2010.

-Tratado de Amistad, Buena Vecindad y Cooperación de 1991 entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, de 8 de marzo de 1950, firmado en Rabat el 4 de junio de 1991. Publicado en BOE núm. 49, de 26 de febrero de 1993.

Disposiciones extranjeras

- Dahír de 13 de junio de 2002 sobre la Kafala. (Gobierno de Marruecos).
- Dahir promulgado el 10 de septiembre de 1993, relativo a los menores abandonados (Gobierno de Marruecos).
- Real Decreto N°1.04.22 de 3 de febrero de 2004 por el que se promulga el Código de Familia Marroquí.
- Código Penal Marroquí promulgado por el Dahir N°1-59-413 de 26 de noviembre de 1962.
- Circular de 7 de febrero de 1996 (Gobierno de Marruecos).
- Código Civil francés del 18 de febrero de 2015.

-Otros documentos

“AMICS DELS INFANTS DEL MAROC. Disponible en:

<http://www.amicsinfantsmarroc.org/adopcion.es.html>.