

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2020/2021

Convocatoria: Julio

**KAFALA DEL DERECHO ISLÁMICO: CUESTIONES DE DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO**

Kafala of islamic law: Issues of private international law

Realizado por la alumna D^a Laura León Espinosa.

Tutorizado por la Profesora D^a Carmen Dolores Alomar Martín.

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa.

Área de conocimiento: Derecho Internacional Privado.

RESUMEN

En la actualidad, tiene lugar un notable incremento del porcentaje de población musulmana en nuestro país, por lo que, ante la aparición de numerosas instituciones jurídicas de origen islámico, nuestro ordenamiento jurídico ha tenido que dar respuesta a las mismas para no dejar desamparado a ningún ciudadano y favorecer así una integración y convivencia pacíficas. Entre ellas, cabe destacar la poligamia, la dote o la *kafala* (cuestión que nos atañe en este proyecto en concreto).

Como bien analizaré más adelante, la *kafala* constituye una institución con un marcado componente religioso de gran complejidad, lo que dificulta aún más la función de Derecho Internacional Privado para tratar de preservar la continuidad de las relaciones jurídicas en territorios transfronterizos.

Palabras clave: origen islámico, *kafala*, territorios transfronterizos.

ABSTRACT

At present, there is a notable increase in the percentage of the Muslim population in our country, so in the face of the appearance of numerous legal institutions of Islamic origin, our legal system has had to respond to them so as not to leave any citizen stranded. and thus favor a peaceful integration and coexistence.

Among them, it is worth highlighting polygamy, dowry or *kafala* (an issue that concerns us in this specific project).

As I will analyze later, the *kafala* constitutes an institution with a marked religious component of great complexity, which further complicates the role of Private International Law to try to preserve the continuity of legal relations in cross-border territories.

Key Words: Islamic origin, *kafala*, cross-border territories.

ÍNDICE

I.INTRODUCCIÓN	3
II.CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.....	3-4
III.CONTEXTO HISTÓRICO	4
IV.CONTENIDO.....	4-9
A) CASO ESPECIAL DE LAS NIÑAS.....	7-8
B) DERECHO A SUBVENCIONES.....	8-9
V.TIPOS DE <i>KAFALAS</i>.....	9-10
VI.RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE <i>KAFALAS</i> CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO.....	10-11
VII.EFECTOS JURÍDICOS EN ESPAÑA DE <i>KAFALAS</i> CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO.....	12-16
A) EFECTOS JURÍDICOS COMUNES	12-15
B) EFECTOS RELATIVOS A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DEL MENOR O <i>MAKFUL</i>.....	15-18
VIII.POSIBILIDAD DE CONSTITUCIÓN DE UNA ADOPCIÓN A RAÍZ DE UNA <i>KAFALA</i>.....	18-21
A) REQUISITOS.....	20-21
IX.<i>KAFALAS</i> FRAUDULENTAS.....	21-23
X.AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA EN ESPAÑA Y REAGRUPACIÓN FAMILIAR.....	23-26
XI.CONCLUSIÓN.....	26-28.
XII.BIBLIOGRAFÍA.....	28-32

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo a exponer versa, como su propio título indica, sobre la figura del *kafala* islámico. En el mismo, trataré esta institución jurídica desde un punto de vista meramente objetivo y, sobre todo, analizaré qué efectos legales puede acarrear en España, así como la posibilidad de conversión en una adopción propiamente dicha para que los menores de ascendencia islámica puedan gozar de plenos derechos y garantías jurídicas una vez alcancen la residencia habitual en nuestro país.

Es por esto que, a lo largo del presente proyecto, me adentraré a reflejar su contexto histórico, los requisitos para la constitución de una adopción española sobre la base de una *kafala* extranjera, así como la numerosa jurisprudencia que avala y aporta cobertura a una situación cada vez más extendida en nuestra sociedad.

II. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

En primer lugar, podríamos definir la *kafala* como una institución de acogimiento legal de menores desamparados, por el que el titular (en este caso el *kafil*)¹, se hace responsable de un menor (*makful*), comprometiéndose de manera personal a proveer una educación y manutención necesarias para su desarrollo y preservando así el interés superior del mismo.

No obstante, el menor sometido a este tipo de “tutela”, no es considerado hijo de la familia, por tanto, no adquiere el apellido familiar, aunque sí sería beneficiario de los cuidados y atención proporcionados por la susodicha.

De modo que dicha institución no genera un vínculo de filiación entre el menor y sus responsables jurídicos, por lo que no les unirá un vínculo de parentesco así como tampoco dispondrá el menor de derechos sucesorios respecto a sus cuidadores, tal y como se establece en la Resolución Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, (actual, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales.

No obstante, respecto a los derechos sucesorios del *makful*, viene siendo frecuente en algunos Ordenamientos jurídicos de inspiración coránica la denominada “*adopción*”

¹ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Comares, Granada, 2018, pág. 414.

de recompensa” o “*adopción testamentaria*”, donde el menor acogido en *kafala*, se convierte en legatario de un tercio de los bienes del *kafil*², tal y como podemos observar en el Código marroquí de Estatuto Personal, concretamente en su artículo 23, que dispone que será el Juez Tutelar de la circunscripción del lugar de residencia del menor, el encargado de velar porque se elabore el contrato necesario para ello y por la protección de los derechos del menor.

Sin embargo, como bien expresa dicha Resolución mencionada anteriormente, ni las adopciones simples, ni la *kafala*, podrán ostentar reconocimiento en España como adopciones en sí mismas, sino como un acogimiento familiar³.

III. CONTEXTO HISTÓRICO

Es preciso señalar, que dicha figura nace en la religión musulmana y encuentra su fundamento en su texto religioso, es decir, en el Corán⁴, donde se expresa con claridad la prohibición radical de la adopción tal y como la conocemos en Occidente.

Su origen ha resultado de lo más controvertido, aunque mayoritariamente se ha relacionado con la vida personal del Profeta.

De modo que, de lo que se ha podido conocer hasta ahora, la raíz de la *kafala* radica en la historia / leyenda de que Mahoma deseaba contraer matrimonio con la esposa de un niño al que habría adoptado tiempo atrás, por lo que ante el temor a que dicho matrimonio fuera concebido como prohibido o incluso, incesto, con arreglo a las costumbres religiosas de la época, el Arcángel San Gabriel, se le apareció al Profeta corroborándole que la adopción debía considerarse *haraam* en el Islám, es decir, pecado o prohibida y por consiguiente, dicho matrimonio era totalmente aceptable.

IV. CONTENIDO

Si bien es cierto que el término *kafala* se utiliza con asiduidad para relacionarlo con la adopción, poco tiene que ver con la misma, tanto en lo relativo a su contenido jurídico, como en lo referente a sus efectos legales, puesto que a diferencia de la

² ORTEGA GIMÉNEZ, A, “La *kafala* de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”. Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pág. 819-826. Concretamente pág. 822.

³ Véase, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 4271/2020, de fecha 10 de junio de 2020. N° de Resolución: 220/2020. N° de Recurso: 150/2020.

⁴ Corán, versículos 4 y 5, Sura XXXIII.

adopción plena (donde tiene lugar una ruptura de lazos familiares con la familia biológica), la *kafala* del derecho islámico, únicamente abarca las cuestiones más esenciales para el cuidado de un menor.

De tal manera que, cuando nos referimos a la *kafala*, debemos visualizarla desde el punto de vista de alimentos, protección y educación del niño, pero no implica necesariamente la representación legal del mismo, otro detalle más que lo aleja de nuestra concepción de adopción, tutela, o acogimiento.

Un ejemplo de ello sería la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 4370/2020, de fecha de 11 de junio de 2020⁵, donde precisamente se plasma a la perfección las obligaciones que rodean al *kafil* y las características, finalidades y limitaciones de la figura de la *kafala*.

En concreto, en la referida Sentencia nos encontramos ante un recurso de apelación interpuesto por una *kafil* (Ascensión) contra los padres biológicos de la menor que tiene bajo la institución de *kafala* (Constanza y Gaspar) que además se trata de su sobrina.

Ambos progenitores, al no contar con las condiciones óptimas para la manutención y el cuidado de su hija, decidieron entregarla en *kafala* a su tía (mediante Notario en su país de origen, Argelia) y tras la solicitud de un visado ese mismo año, la menor convive con su tía en nuestro país.

El objeto del litigio en primer lugar, radicaba en que la demandante, pretendía la privación de la patria potestad de los padres de la menor acogida en *kafala*, así como que se le reconociera a la misma, como tutora de la menor.

Todo ello, al alegar que los progenitores biológicos llevan más de medio año sin tener contacto con su hija y que, además, la demandante es la que se hace cargo de todas las responsabilidades relativas a la menor en todos sus ámbitos.

Sin embargo, en primera instancia, se desestimaron ambas pretensiones aunque, como medida de protección de la menor, se acordó la suspensión de la patria potestad de los progenitores y se nombró a la demandante como guardadora de hecho de la misma con funciones tutelares, con la finalidad de que la decisión acordada pudiera servir para una mayor estabilidad en la vida de la menor así como una mejora de las condiciones de desarrollo y de futuro de ésta.

Es decir, en primera instancia, no se hallaron motivos suficientes como para entender que hubiera un incumplimiento de los deberes como progenitores de los

⁵ N° de Resolución: 373/2020. N° de Recurso: 1112/2019.

demandados que previamente habían confiado el cuidado voluntario de su hija a su tía paterna. Decisión que resulta insuficiente para la demandante/ apelante.

De modo que el Tribunal, tras valorar todas las circunstancias examinadas en primera instancia, desestima finalmente el recurso, al comprender que el análisis elaborado por el Juzgado que conoció de la causa resulta de lo más completo y puesto que además no es posible atribuir a la apelante la tutela de la menor, atendiendo al artículo 222.1 del Código Civil de Cataluña que dispone: “*sólo podrán ponerse bajo tutela los menores no emancipados que no estén bajo la potestad parental*”.

Por lo que no es posible obviar que esa potestad existe y que además es ejercida a través de una institución que permite el cuidado y el mantenimiento de la menor, por lo que la misma no se halla en ningún momento en situación de abandono o desamparo que requiera la actuación de la administración española.

No obstante, y retomando el contenido de la *kafala*, debido al origen de esta institución en la religión musulmana y puesto que su finalidad primordial radica entre otras, en proveer educación islámica al menor, muchos Estados islámicos exigen para su válida constitución, que el titular o *kafil* sea seguidor de dicha religión y, por tanto, inculque al menor su pasión por la Fe al Islam.

Sin embargo, los requisitos y, sobre todo, la rigidez de la misma varían en función de cada Estado, debido a que por una parte, podemos encontrarnos países más laxos a la hora de permitir la *kafala* y la adopción, como es el caso de Túnez o Indonesia, mientras que otros permiten la *kafala* siempre y cuando el futuro *kafil* profese la religión musulmana (véase Marruecos o Pakistán entre otros).

Si apelamos a un ejemplo, podemos mencionar a Marruecos, que permite la *kafala* internacional, mientras que Argelia, exige que el *kafil*, posea nacionalidad argelina, situación que también se da en países como Jordania o Siria respecto de sus ciudadanos y que además no permiten la *kafala* de extranjeros, impidiendo incluso que el *kafil* resida en territorio extranjero con el menor aun siendo nacional de los citados países⁶.

Situación muy distinta a la que podríamos observar en Irán o Egipto donde ni siquiera se permite una *kafala* con alcance internacional.

Por tanto, es palpable que la configuración, los requisitos de forma, incluso el funcionamiento de esta figura, presenta variaciones en función del ordenamiento islámico ante el que nos encontremos.

⁶ DIAGO DIAGO, M.P., “La kafala islámica en España”, Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo 2010, Vol. 2, Nº 1, pág. 140-164. Concretamente pág. 142.

Ahora bien, independientemente del esquema establecido para la *kafala* en los distintos sistemas jurídicos musulmanes, el único elemento estático sería su fundamento y aferramiento a la ley islámica o *Sharia*, de ahí que el factor religioso cobre tanta relevancia al respecto.

En contraposición, más allá de la concepción o perspectiva que pueda tener cada Estado sobre esta situación de acogimiento, lo cierto es que la *kafala* tiene una proyección más allá del continente africano y asiático, contando con el respaldo de la CDN 1989 (Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989)⁷ y numerosa jurisprudencia que la avala y sobre todo persigue favorecer la tolerancia cultural y la armonía entre el interés público y privado.

Como ejemplo de lo expuesto con anterioridad, es preciso hacer hincapié en el artículo 20 de la CDN 1989 donde se reconoce el derecho a los menores de edad a gozar de protección y asistencia especial del Estado, en virtud de las leyes nacionales del mismo y por tanto, entre esos cuidados que señala, contempla la adopción, la *kafala* del derecho islámico así como el destino a hogares de guarda o instituciones adecuadas a tal fin.

Mientras que en el Derecho convencional, encontramos los artículos 3 y 33 del Convenio de la Haya de 1996⁸, referidos a la *kafala*.

Del mismo modo que, en nuestro país también encuentra reconocimiento por medio de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional⁹ (en adelante LAI), concretamente en su artículo 23.1 como una medida de protección de menores aunque no genere vínculos de filiación (artículo 34 LAI).

A) CASO ESPECIAL DE LAS NIÑAS

¿Qué sucedería si el menor sometido a *kafala* fuera una niña?. Pues bien, centrándonos en la *kafala* marroquí (al ser ésta la que con mayor frecuencia se da en España y la que mayor atención requiere de nuestra justicia), debemos atender al Código Marroquí de Estatuto Personal, o también denominado “*Mudawanna*

⁷ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>

⁸ Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-18510

⁹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-22438>.

marroquí”, en concreto a su artículo 209, donde dispone que la mayoría de edad de una persona comenzaría a los 18 años.

Por el contrario, este precepto hace especial hincapié en que, si la menor sometida a *kafala* se tratara de una niña, la manutención debe extenderse hasta su matrimonio.

De modo que, esta obligación se podría prolongar más allá de la mayoría de edad de la niña, y cesará cuando recaiga sobre el marido de la misma, siempre y cuando ésta no disponga de recursos propios, tal y como se puede observar en el artículo 198 del mencionado Código. Sucediendo lo mismo si el menor acogido se tratase de un minusválido o incapaz.

En consecuencia, podemos apreciar una clara diferencia de trato dependiendo de si el menor es un niño o una niña, revelando una mayor protección a estas últimas, donde en este aspecto en concreto se asemejaría bastante a una hija legítima propiamente dicha.

B) DERECHO A SUBVENCIONES

Otra cuestión a tener en cuenta en el contenido de la *kafala* es si la persona que la asuma dispondrá del beneficio de obtener las indemnizaciones y subsidios sociales que les corresponden a los padres por sus hijos (con independencia de que sea niño o niña).

Para dar respuesta a esta pregunta, haré un breve recorrido a lo largo de la jurisprudencia relativa a este aspecto, mencionando como ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 2003/2015, de fecha 11 de mayo de 2015¹⁰, donde se observa una desestimación de la mencionada subvención por nacimiento o adopción, hallándose como parte demandada en este proceso la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

El objeto del litigio lo constituye la pretensión del solicitante de que se le reconozca el derecho a recibir una subvención relativa a los menores acogidos en virtud de la institución de *kafala*.

En este asunto no se pretende una equiparación de esta institución a la adopción, así como tampoco se pretende el reconocimiento de filiación alguna, sino ser beneficiario de una ayuda social, cuya finalidad es la de aliviar cargas familiares, que serán idénticas a las de aquellas familias que tengan una filiación reconocida administrativamente.

¹⁰ N° de Resolución 875/2015. N° de Recurso: 35/2012.

Por tanto, en esta sentencia nos encontramos con la Orden FAM/32/2010, de 12 de enero, de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, por la que se convocan subvenciones incluidas en el programa de apoyo a las familias de Castilla y León y de fomento de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, la cual enumera en su Anexo I, las actuaciones que estarían sujetas a subvención por parte de la comunidad.

No obstante, a lo largo de la misma podemos observar que se hace referencia con gran asiduidad al hecho de que el menor o menores en cuestión aparezcan inscritos como hijos en el Libro de Familia.

De modo que, en primera instancia, la solicitud fue desestimada por no presentar los solicitantes toda la documentación exigida, entre la que resalta el Libro de Familia, en el que no aparece la adopción de los dos menores sometidos a *kafala*, puesto que, en el momento de presentar la solicitud, la adopción no se había acordado aún.

Fruto de esta situación, los solicitantes no pueden ser considerados como adoptantes y, en consecuencia, no reunían los requisitos para ser beneficiarios de la citada subvención, recogido en la Orden citada anteriormente.

De manera que, en la demanda, los solicitantes alegaron una vulneración del principio de igualdad, previsto en nuestra Constitución.

Sin embargo, en la sentencia se refleja que en caso de existir dicha vulneración, la habría referida a tal Orden, que además no ha sido objeto de impugnación en el recurso contencioso- administrativo.

Finalmente, el recurso es desestimado puesto que debe basarse en el Anexo I de la Orden, el cual manifiesta que uno de los requisitos para ostentar el derecho de obtener la subvención es aparecer reflejados en el Libro de Familia y tal y como ya he comentado anteriormente, esta situación no versa en el caso ante el que nos encontramos y de ahí la decisión del Tribunal.

Asimismo, otro ejemplo de ello, sería la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 5797/2013, de fecha 20 de diciembre de 2013¹¹, donde al igual que en supuesto anterior, se llega hasta dicho Tribunal por la desestimación previa de la solicitud de una subvención referida a menores acogidos en virtud de *kafala* y donde nuevamente se vuelve a desestimar la acción pretendida al no constar el menor en el Libro de Familia.

¹¹ N° de Resolución: 2236/2013. N° de Recurso: 1077/2010.

En consecuencia, tal y como hemos podido observar de la jurisprudencia expuesta, el derecho de los *kafils* a recibir una subvención por los menores a su cargo, no es una práctica muy extendida o generalizada en nuestro Ordenamiento jurídico.

V. TIPOS DE KAFALAS

Existen dos tipos de *kafalas* atendiendo a su constitución: judiciales y notariales. Las primeras, se constituyen a favor de niños huérfanos, o incluso de padres desconocidos.

De tal manera que la Autoridad judicial debe reconocer a ese menor como en situación de desamparo o abandono, debe elegir a la familia que se hará cargo de él y, posteriormente, se procede a anotar esa “tutela” en el Registro Civil¹².

En las *kafalas* notariales, por el contrario, serían los padres biológicos del menor, los que por medio de un acta, consignan el cuidado de su hijo a un *kafil* (generalmente de su círculo familiar), transfiriendo únicamente su guarda, no la representación legal del mismo.

Asimismo, este tipo de *kafala* puede homologarse judicialmente, pero, mientras que la homologación en Marruecos consistiría en una simple autenticación, en países como Argelia daría lugar a que dicha *kafala* obtenga el carácter de judicial¹³.

Sin embargo, hay una gran problemática respecto a la *kafala* notarial, y es debido a que no se encuentra sometida a ningún control establecido, dando lugar al fenómeno definido por algunos autores como “les petites bonnes”¹⁴, siendo éste el nombre que se les confiere a los niños y especialmente a las niñas que son entregadas en *kafala* por sus propias familias a cambio de una contraprestación económica y trasladadas generalmente desde entornos rurales a la ciudad, para explotarlas como empleadas del hogar, sufriendo en la mayoría de los casos tratos degradantes y vejatorios.

VI. RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE KAFALAS CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO

¹² ADROHER BIOSCA, S., “Kafala y Adopción. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18) núm. 220/2020 de 10 de junio”, Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo 2021, Vol. 13, Nº 1, pág. 694- 701. Concretamente pág. 697.

¹³ Podemos hallar un análisis de esta cuestión en una circular del Ministerio de Justicia francés: Circulaire du 22 octobre 2014 relative aux effets juridiques du recueil légal en France. (NOR: JUSC1416688C; BOMJ n°2014-11 du 28 novembre 2014 – JUSC1416688C).

¹⁴ DENIEUIL, P./ LAROUSSE H. *Les valeurs internationales à l'épreuve du terrain : adhésions et résistances à la lutte contre le travail des enfants au Maroc*, De Boeck Supérieur, 2012, pág. 137-152.

La constitución de la *kafala* es un acto de jurisdicción voluntaria, por lo que surtirá efectos en España tras su reconocimiento¹⁵.

En el ámbito nacional, cabe atender a la Resolución- Circular de la DGRN de 15 de julio de 2006, que dispone que tanto la *kafala* como cualquier otra institución similar, siempre y cuando no genere vínculos de filiación entre el adulto titular y el menor, será reconocida en España, bajo la condición de haber sido válidamente constituida en el extranjero; los documentos en los que conste ostenten carácter legal, y se hallen debidamente traducidos al idioma oficial español, y, por último, dicha institución no puede suponer una vulneración del orden público internacional español.

Sin embargo, para poder determinar la normativa aplicable, debemos analizar fundamentalmente dos cuestiones; la primera de ellas, la fecha de su constitución, puesto que es crucial tener en cuenta el ámbito de aplicación temporal de las normas y, en segundo lugar, ante qué tipo de *kafala* nos encontramos (judicial o notarial).¹⁶

De modo que, cuando nos encontremos ante una *kafala* judicial resultará de aplicación los Convenios (tanto multilaterales como bilaterales) que se ajusten al caso concreto (que en este plano sería el Convenio de la Haya de 1996), mientras que, si nos topamos con una *kafala* notarial, será aplicable la Ley de Adopción Internacional¹⁷.

Asimismo, el artículo 34.2 de esta misma Ley, establece como requisito de eficacia que las *kafalas* constituidas en el extranjero se anoten en el Registro español, por lo que no será necesario llevar a cabo los trámites de *exequátur* de sentencias extranjeras en nuestro Ordenamiento jurídico¹⁸.

En consecuencia, la resolución extranjera que contenga la *kafala* a reconocer, debe pasar por un reconocimiento incidental para comprobar los requisitos procesales de tipo formal de dicha resolución¹⁹.

No obstante, si la *kafala* es de carácter judicial, el Convenio de la Haya en su artículo 23.2, prevé el reconocimiento automático y de pleno derecho de la misma, salvo que concurra alguna causa de denegación específica.

¹⁵ VIRGÓS SORIANO M / GARCIMARTÍN ALFÉREZ F.J., *Derecho Procesal Civil internacional. Litigación internacional*, Pamplona, 2007 pág. 713.

¹⁶ MARCHAL ESCALONA, N.. “La *kafala* marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Universidad de Granada, 2013, pág. 20-21.

¹⁷ RUIZ SUTIL, C., “La mujer *kafala* y la recepción de la *kafala* marroquí en el ordenamiento jurídico español”. *Revista Clepsydra*, 16, noviembre, 2017, pág. 145-166. Concretamente pág 153.

¹⁸ MOTILLA, A., *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico. Adaptación al Derecho español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado, Comares, Granada, 2018, pág. 135.

¹⁹ DIAGO DIAGO, M.P., op., cit., pág. 151.

Véase así lo comentado anteriormente:

“No obstante, el reconocimiento podrá denegarse:

a) si la medida se ha adoptado por una Autoridad cuya competencia no estuviera fundada en uno de los criterios previstos en el Capítulo II;

b) si, excepto en caso de urgencia, la medida se ha adoptado en el marco de un procedimiento judicial o administrativo, en el que el niño no ha tenido la posibilidad de ser oído, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado requerido;

c) a petición de toda persona que sostenga que la medida atenta contra su responsabilidad parental, si, excepto en caso de urgencia, la medida se ha adoptado sin que dicha persona haya tenido la posibilidad de ser oída;

d) si el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido, teniendo en cuenta el interés superior del niño;

e) 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;

f) si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 33”.

Finalmente, una vez superado el trámite de reconocimiento, la resolución extranjera de *kafala*, estaría plenamente integrada en nuestro Ordenamiento jurídico, pudiendo desplegar así todos los efectos previstos²⁰.

VII. EFECTOS JURÍDICOS EN ESPAÑA DE KAFALAS CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO

Podemos destacar dos tipos de efectos: efectos jurídicos comunes y efectos jurídicos sobre la nacionalidad del menor.

A) EFECTOS JURÍDICOS COMUNES:

²⁰ RUIZ SUTIL, C., op., cit., pág. 153.

Como viene siendo costumbre, la *kafala* debe constar en documento legal²¹ que refleje ese estado de acogimiento temporal. Sin embargo, los efectos se producen cuando se pretende un reconocimiento de este ante las Autoridades españolas.

Para ello, como ya se indicó, es preciso atender al Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, donde se establece que si la *kafala* ha sido dictada por un Estado parte del mismo, debe cumplir con lo estipulado en su artículo 23 y artículo 33 (para una *kafala* transfronteriza).

No obstante, si nos topamos ante el escenario de que el Estado en cuestión no forme parte del citado Convenio y no hubiese ningún acuerdo bilateral, entraría en juego la mencionada Ley de Adopción Internacional.

En consecuencia, solo a través de las vías mencionadas, esa resolución o documento que contenga esa *kafala*, será admitido en nuestro Ordenamiento jurídico y formará parte del mismo, mientras que, si la citada *kafala* no es reconocida en nuestro país, por ende, no surtiría efectos legales en él.

Tal es así que, una vez conseguido el reconocimiento en nuestro país de esa *kafala* extranjera como tutela o acogimiento familiar, la misma generará similares efectos jurídicos de estas instituciones legales españolas.

En contraposición, tratar de nivelar al mismo plano la *kafala*, con una filiación de carácter adoptivo, supone un gran desacierto incluso si la intención es la concesión para el menor de pensión pública de orfandad.

Aunque si bien es cierto, hay numerosa jurisprudencia contradictoria al respecto²².

²¹ Un ejemplo de ello, sería el Código argelino de la familia, aprobado por la Ley nº 84-11, de 9 de junio de 1984, y reformado mediante Decreto de 27 de febrero de 2005, el cual prevé en sus artículos 116 y 117 la necesidad de establecer la *kafala* ante un Juez o un Notario indistintamente, mientras que la Ley tunecina de 1958 (concretamente en su artículo 4) refleja mayor severidad al exigir que el acto sea celebrado ante Notario y posteriormente homologado por el Juez. Por su parte, la Ley marroquí de 2002 (Ley 15/01 relativa al acogimiento familiar de menores abandonados en Marruecos), exige la constitución de la *kafala* ante el Juez de Tutelas, correspondiendo la ejecución de la resolución de constitución de la misma al Tribunal de Primera Instancia.

²² Véase, a favor de esta cuestión, los AAP Barcelona, Secc. 18ª, de 8 de julio de 2008 y de 30 de octubre de 2008, el AAP Guipúzcoa, Secc. 3ª, de 4 de junio de 2008, o el AAP Valladolid, Secc. 1ª, de 11 de diciembre de 2008 y en la postura opuesta, entre otras, el AAP Tarragona, Secc. 1ª, de 23 de junio de 2008 o el AAP Cádiz, Secc. 5ª, de 11 de diciembre de 2008.

De modo que, a efectos de prestaciones por parte de la Seguridad Social, conviene traer a colación una sentencia que, a pesar de su antigüedad, sigue sirviendo como precedente jurisprudencial para otras posteriores en esta materia, debido a la no unificación de doctrina por parte del Tribunal Supremo.

Concretamente, se trata de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de enero de 2008²³.

En ella, nos encontramos con un nacional marroquí (Don Lázaro), el cual, en el año 2003 solicita al Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS), que se le conceda a sus hijos, también de nacionalidad marroquí, una pensión de orfandad, como consecuencia del fallecimiento de su esposa.

Con anterioridad a esta situación, se había constituido en Marruecos una *kafala* judicial, obligándose el matrimonio a proveer protección, educación y alimento a los citados menores.

En un primer momento, la pretensión objeto de análisis, se vio denegada por el INSS, al entender este último que no había cabida a la pensión de orfandad por no ostentar estos menores la condición de beneficiarios, puesto que únicamente serían beneficiarios de la misma los hijos del causante, cualquiera que sea su filiación que en el momento de fallecimiento no hubiesen alcanzado la mayoría de edad o, en caso afirmativo, estuvieran incapacitados para ser económicamente independientes.

A la luz de estos acontecimientos, Don Lázaro, interpuso ante el Juzgado de lo Social número 10 de Madrid, un recurso, con el fin de que se le reconociera a sus hijos dicha pensión de orfandad.

De modo que, de la argumentación jurídica vertida por el citado Juzgado, cabe resaltar el artículo 175 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (correspondiendo en la actualidad con el artículo 224), regulando la idea plasmada en el párrafo anterior.

Por otro lado, es preciso señalar, que no se cumple con el requisito de filiación exigido por la ley española, puesto que la institución de *kafala* (tal y como contempla la Ley marroquí), no surte vínculo de filiación alguno.

²³ N° de Resolución: 58/2008. N° de Recurso: 2423/2007.

Asimismo, se recoge en la sentencia, que la denegación de la pensión de orfandad por parte del INSS (Instituto Nacional de la Seguridad Social), puede interpretarse como una vulneración del principio de igualdad, regulado en el artículo 14 de nuestra Constitución, al extender un trato desigual al menor extranjero que debido a su ley de origen no puede acceder a una institución que le atribuya la filiación.

Por tanto, entiende el Tribunal, que el INSS, al resolver, no contempló el principio de discriminación por razón de filiación.

De igual manera, y ligado a lo referido anteriormente, se hace referencia al deber de los progenitores de protección integral de sus hijos con independencia de su filiación (recogido en el artículo 39.2 y 39.3 CE), así como el deber de los mismos de prestar asistencia a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante el periodo de tiempo que dure su minoría de edad y dentro del marco de aquellos supuestos en los que proceda.

Cierto es que, denegar la pensión de orfandad a los ciudadanos extranjeros cuya ley nacional no contemple la adopción, supondría una desventaja respecto de aquellos cuyas leyes sí reconozcan tal institución, dado que, para éstos últimos, la pensión les sería concedida de manera automática.

En consecuencia, se ha llegado al consenso de que el aspecto determinante a la hora de conceder la pensión no radica tanto en la filiación, sino en el fallecimiento de uno de los *kafils*, suponiendo por tanto una aplicación más laxa de este requisito.

Sin embargo, el letrado del INSS, en su recurso, apela al citado artículo 175 TRLGSS, para argumentar que la denegación de la pensión de orfandad a menores acogidos españoles y la concesión de la misma a menores acogidos en virtud de *kafala* supone, cuanto menos, un trato discriminatorio.

No obstante, el Tribunal, en base al mismo artículo, expresa que no resultaría contrario al principio de igualdad ante la Ley, al considerar que la distinta regulación resulta objetiva, razonable, y justificada.

Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia, entiende que la pensión de orfandad presenta como finalidad primordial, la compensación de una pérdida que afecta a menores que dependían económicamente de esa persona que se había comprometido previamente a su cuidado. Tal es así, que se posiciona en contra de la argumentación

sostenida por el Tribunal de Instancia al considerar que cobra mayor relevancia el derecho a los extranjeros al trabajo, a la Seguridad Social y a las prestaciones derivadas de la misma, que el debate sobre el cumplimiento del artículo que regula el principio de igualdad.

Por tanto, este Tribunal, falló a favor de la concesión de la pensión a favor de los hijos, basándose en que lo realmente decisivo para acceder a este tipo de prestaciones, radica en la obligación asistencial que recae sobre el causante, procediendo a examinar la función que cumpliría en el extranjero dicha institución y como bien se expone a lo largo de la resolución, la *kafala* es equiparable socialmente con la adopción y, de ahí, su postura.

B) EFECTOS RELATIVOS A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DEL MENOR O MAKFUL

Como bien he expresado en párrafos precedentes, la *kafala* no conlleva la atribución de la patria potestad de los *kafils* respecto a los menores en situación de acogimiento (*makfuls*).

Es por ello, que estos últimos no pueden optar a la nacionalidad española por medio del artículo 19.1 Código Civil (en adelante Cc.), así como tampoco por medio del artículo 20.1 Cc. porque precisamente se exige que quien la solicite por el menor ostente la patria potestad respecto del mismo.

De acuerdo con lo anterior, cabe plantear la duda de qué nacionalidad ostentará el menor sometido a *kafala*, al residir en nuestro país.

Para ello, debemos distinguir si el *kafil* es o no español, en el momento de constitución de la misma²⁴.

En el caso de que la *kafala* se haya acordado a favor de un *kafil* español, el menor, o *makful*, no adquiere por ese motivo, nacionalidad española de origen.

El fundamento de esta afirmación radica en que como ya he desarrollado anteriormente, la *kafala* no es una adopción y, por tanto, a los efectos de obtención de

²⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico («kafala»)” Diario La Ley, N° 7393, 3 May. 2010, Año XXXI, pág. 1-23. Concretamente pág. 13.

nacionalidad la situación del menor no puede ser equiparada a la de otro menor de edad adoptado por padres españoles, donde en este último caso, sí que obtendría nacionalidad española desde el momento de la adopción, en virtud del artículo 19 Cc.

En consecuencia, el *makful*, conservaría su nacionalidad de origen, tal y como podemos apreciar en el Auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, de fecha 25 de octubre de 2017²⁵.

De manera que, solo sería posible adquirir la nacionalidad española si el *makful* fuese adoptado por *kafil*s españoles y siempre y cuando, se tratara de una adopción plena (en virtud de los artículos 14 y 18 LAI). Es decir, constituir *ex novo* una adopción, en caso de que esta sea posible.

No obstante, el menor sí podría optar por la nacionalidad por residencia, en virtud del artículo 21.3 del Cc., siempre y cuando, hubiera estado sujeto a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante al menos dos años consecutivos, incluso si continuare en esa situación en el momento de la solicitud.

De tal modo que, el *makful* puede obtener la nacionalidad española por el plazo de un año si el *kafil* es español y representante legal del menor. Es decir, se requiere que el *kafil* ostente la representación legal del menor, situación que como he analizado con anterioridad, no consiste en una característica propia de la *kafala*²⁶.

Asimismo, siguiendo la línea de la nacionalidad del menor, he de citar las RRDGRN de 1 de febrero de 1996 (La Ley 6513/1996) y de 21 de marzo de 2006 (La Ley 48211/2006), las cuales afirman lo siguiente: *“En el Derecho español las relaciones de patria potestad son las que tienen lugar entre padres e hijos, de modo que presuponen que la filiación por naturaleza o adoptiva esté determinada legalmente. Por esto, cuando la ley española concede, en determinadas condiciones, el derecho a optar por la nacionalidad española a quienes estén o hayan estado sujetos a la patria potestad de un español, esta institución ha de ser calificada con arreglo a la ley española. La sola circunstancia de que un matrimonio se haya hecho cargo de la educación y custodia de un menor de edad no es, pues, suficiente para que este menor*

²⁵ N° de Recurso: 270/2017. N° de Resolución: 173/2017.

²⁶ RUIZ SUTIL, C. “La mujer kafila y la recepción de la kafala marroquí en el ordenamiento jurídico español”. Revista Clepsydra, 16, noviembre, 2017, pág. 145-166. Concretamente pág.161.

pueda optar a la nacionalidad española de uno de los cónyuges porque no existe la base (la patria potestad) que justifica la opción”.

Añadiendo posteriormente: “la "adopción" constituida ante funcionarios o Autoridades marroquíes no guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el Derecho español: no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados; no implica alteración en el estado civil de éstos y sólo alcanza a establecer una obligación personal por la que el "adoptante" o "adoptantes" se hacen cargo del "adoptado" y han de atender a sus necesidades y manutención”.

De modo que es preciso recalcar que ante la ausencia de patria potestad en la *kafala*, no sería posible que el menor adquiriera nacionalidad española, aun cuando el *kafil* sí la ostente.

VIII. POSIBILIDAD DE CONSTITUCIÓN DE UNA ADOPCIÓN A RAÍZ DE UNA KAFALA

Como bien he expresado en apartados precedentes, la *kafala* musulmana no es equiparable en su totalidad a una adopción española. Por tanto, caben dos posibilidades al respecto, bien un reconocimiento de esa *kafala* constituida en el extranjero, o bien la posibilidad de constituir una adopción *ex novo* a raíz de una *kafala* previamente establecida.

Es por ello, que el artículo 34.1 LAI, contempla dos extremos opuestos que se complementan a la perfección. El primero de ellos, al aclarar que la *kafala* constituida por Autoridades extranjeras no es equivalente ni comparable sin más a una adopción española. Mientras que, por otro lado, este artículo sí facilita la constitución *ex novo*, de una adopción en España bajo las previsiones de la LAI, equiparando la *kafala* a un acogimiento o tutela española, solo desde el punto de vista funcional (siempre y cuando previamente se ha comprobado que dicha *kafala* ha sido constituida legalmente).

Sin embargo, no sería correcto aseverar que la *kafala* musulmana se transformaría como tal en una adopción española²⁷.

A) REQUISITOS:

²⁷ CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, L., op.cit, pág. 417.

He de señalar que el primer paso para que la *kafala* pueda ser reconocida, es revestir lo estipulado en el artículo 34 LAI.

Además, he de hacer hincapié en primer lugar en la tesis de la equivalencia funcional, que a su vez sigue la tesis de la “calificación por la función”, la cual expone que es preciso que la institución extranjera que pretendemos convertir *ex novo* en una adopción española cuente con efectos sustanciales equivalentes a la institución prevista por leyes españolas, recayendo sobre el Juez competente la decisión de una u otra equiparación legal (tal y como pudimos apreciar en la STSJ Madrid 31 enero 2008, comentada anteriormente).

En la actualidad, la LAI entiende que la función desarrollada por la *kafala* musulmana encajaría en el marco del acogimiento familiar por similitud.

Por otro lado, para que esa “equiparación funcional”, sea viable en nuestro país, es necesario, además, la concurrencia de una serie de requisitos adicionales. Entre ellos, cabe señalar que la *kafala* extranjera, haya sido acordada por una Autoridad judicial o administrativa competente.

Para ello, la institución de protección debe presentar algún vínculo razonable de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares con el país cuya Autoridad ha constituido esa institución. Además, que los efectos de la *kafala* extranjera no vulneren el orden público español y sobre todo atienda al interés superior del menor y, finalmente, el documento en el que conste esa institución debe ir acompañado de legalización o apostilla y traducción al idioma oficial español.

Una vez que esa equiparación funcional ha tenido lugar, se habrá facilitado de manera considerable la constitución posterior *ex novo* de una adopción plena en España, en caso de que los *kafils* lo soliciten sobre el menor en cuestión, siendo necesaria en cualquier caso la “*propuesta previa de entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad*”, pudiendo los mismos *kafils* instar la constitución de esa adopción (véase así, como ejemplos, la AAP Barcelona 8 julio 2008; SAP Barcelona 27 junio 2011).

Es decir, esto no supone un paso automático de *kafala* a adopción, sino la opción de que el *kafil* pueda solicitar la constitución de una adopción siempre y cuando se

cumpla con los requisitos previstos para cualquier adopción que se constituya en España tales como, comprobar la idoneidad de los adoptantes, etc.

Sin embargo, conviene remarcar el hecho de que, si finalmente se admite la adopción del menor habiendo cumplido todos los pasos previos para ello, esta sería claudicante en el país de origen del menor, puesto que como ya expuse al comienzo de este proyecto, la adopción se contempla como prohibida en el mundo islámico.

Por tanto, ¿qué sucede cuando la Ley nacional del adoptando no permite la adopción? Pues en este caso, el artículo 19.4 LAI, establece que, si la ley de origen del menor no contempla esta posibilidad, la adopción en España no sería posible, salvo que el menor haya adquirido nacionalidad española (cuestión ya abarcada anteriormente y que como bien he mencionado, no sería posible en el ámbito de la *kafala*), o bien, nacionalidad de otro país que sí permita la adopción.

Otra circunstancia a destacar sería en el caso de que el menor a adoptar no se halle en situación de desamparo, tal y como viene siendo muy común en las *kafalas* notariales. En esta situación tampoco sería posible la constitución de una adopción en España, aunque nada impide que los guardadores sigan ostentando tal condición, garantizando así la adecuada protección y amparo del menor en España²⁸.

No obstante, merece especial atención una excepción relativa a esta materia, donde sí se permitiría con carácter excepcional la tramitación de una adopción en el supuesto de que el menor se halle desamparado en España o si se acompaña de certificado de idoneidad (para adopciones en el extranjero), tal y como se puede observar en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 4271/2020, de fecha 10 de junio de 2020.²⁹

Además, como reflejo de la posibilidad de constitución de una adopción sobre la base de una *kafala*, en relación con el Auto citado anteriormente, (Auto de la AP Islas Baleares), he de proceder a hacer una breve explicación del mismo, con el fin de reflejar la inclinación de los tribunales españoles para dar respuesta a la *kafala* transnacional y donde también se observa cómo abordan los mismos esta cuestión dependiendo de la nacionalidad que presente en ese momento el menor.

²⁸ CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ J.,op. cit., pág. 419.

²⁹ N° de Recurso: 150/2020. N° de Resolución: 220/2020.

En el citado Auto de la Audiencia Provincial de Baleares se desestima el recurso formulado por el Ministerio Fiscal contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Mallorca, en el que se acordaba la adopción de un menor sometido a *kafala*.

El Juzgado de Primera Instancia, dictó sentencia favorable a la referida adopción, aludiendo a la plena integración del menor en la familia de los solicitantes, dado su convivencia con los mismos desde el año 2013.

Posteriormente, el Ministerio Fiscal, interpuso recurso de apelación contra el Auto dictado en primera instancia, justificándolo en que el menor seguía conservando su nacionalidad de origen y por ello, la ley aplicable, sería la de su país, en la que como bien he expresado a lo largo del trabajo, no contempla la figura de la adopción, así como el hecho, de que el menor no se halla en situación de abandono o desamparo, ni tutelado por entidad pública, de tal manera, que no es posible la aplicación de la excepción contemplada en el artículo 19.4 LAI.

En casación con lo anterior, el Ministerio Fiscal, entiende por tanto, que rige la prohibición que figura en el artículo 19.4 LAI y que por consiguiente, no cabe constituir la adopción.

Seguidamente, la Audiencia Provincial, desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia, inclinándose por la válida constitución de la *kafala*, basándose en que la ley aplicable al caso sería la del adoptando (Ley marroquí), que, a pesar de no contemplar esta figura, no la prohíbe y, por tanto, la figura de mayor protección al menor sería la *kafala*.

Añade, además, que la finalidad de la Ley de Adopción Internacional reside en prevenir la constitución de adopciones que puedan afectar a la esfera de seguridad jurídica del menor, y por tanto, que la relevancia del caso debería centrarse en conservar el interés superior del *makful* y no eternizar así una institución como la *kafala* si concurren los requisitos necesarios para que tenga lugar una adopción de pleno derecho.

IX. KAFALAS FRAUDULENTAS

Cuando nos referimos a *kafalas* fraudulentas³⁰, es preciso aludir a aquellos supuestos en que algunos ciudadanos españoles se trasladan a países musulmanes con la clara finalidad de constituir una *kafala*, fingiendo profesar la religión musulmana y prometiendo educar al menor o *makful* en dicha Fe (a sabiendas de que éste es uno de los requisitos indispensables en muchos Estados de religión islámica para la válida constitución de esta institución).

La problemática ahonda en que, al regresar a España, estos sujetos pretenden solicitar ante un juez español, la adopción del menor sometido a *kafala*, con arreglo a las normas de nuestro país.

No obstante, debemos tener presente dos aspectos. Por un lado, el citado artículo 19.4 LAI, el cual dispone que en tanto que el menor siga siendo nacional de un país cuyas leyes no permitan la adopción, la transformación de la *kafala* en adopción no tendría cabida alguna.

Mientras que, por otro lado, el juez español, puede llegar a la conclusión de que la pretendida adopción no guarda relación alguna con el interés superior del adoptando, y no ser los solicitantes, sujetos idóneos para adoptar en España, al haber utilizado la figura de *kafala* en el extranjero como trampolín jurídico para lograr una plena adopción española.

Supuesto muy distinto sería que el *kafil* no haya mentido respecto al compromiso que requiere la *kafala* en su lugar de origen y tras largos años residiendo en nuestro país decida abandonar la fe musulmana, resultando viable en este caso la adopción en España y siempre y cuando en su país de origen la adopción sea permitida, porque en caso contrario sería claudicante.

Como reflejo de las denominadas *kafalas* fraudulentas he de mencionar el Auto de la Audiencia Provincial de Ceuta 148/2020, de fecha 14 de diciembre de 2020.³¹

En primera instancia, se dictó un Auto denegando la petición de reconocimiento a efectos constitutivos y registrales del Auto extranjero que contenía la *kafala* de un menor marroquí objeto de controversia.

³⁰ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op.cit.*, pág 419.

³¹ N° de Recurso: 40/2020. N° de Resolución: 3/2021.

El Auto fue rechazado alegando lo siguiente: *“el interés del menor se vería afectado, al no poder ” ...atribuir efectos jurídicos en España a una institución cuya finalidad última es asegurar el respeto a la fe musulmana, por encima del deber de protección y educación del menor; y en la medida en que no se persiguen los mismos fines por medio del acogimiento u adopción, que por medio de la Kafala, al no existir una institución jurídica que despliegue en España efectos jurídicos similares a los que despliega la Kafala...”*.

Sin embargo, en el propio Auto se desvirtúa esa posición haciendo referencia al artículo 44.4 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil³², que dispone: *“Si una resolución contiene una medida que es desconocida en el ordenamiento jurídico español, se adaptará a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares, si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen. Cualquiera de las partes podrá impugnar la adaptación de la medida”*.

Por lo que los solicitantes, basaron su recurso en que los motivos de denegación del reconocimiento del Auto extranjero no se han ajustado a derecho, por haber entrado a valorar el fondo del asunto (valorando el interés del menor referido sobre todo en las creencias religiosas), atendiendo al artículo 48 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil y puesto que, además, dicha cuestión no se halla plasmada entre los motivos de denegación enumerados en el artículo 46 de la mencionada Ley.

Además de que en España se ha venido comparando la *kafala* a la tutela dativa a efectos funcionales y que dicho reconocimiento se ha intentado previamente sin éxito alguno.

Finalmente, el recurso es desestimado porque bajo la apariencia de protección del menor se ocultaba una *kafala* fraudulenta desde el inicio, puesto que el peticionario era español y su esposa marroquí, pero ambos tenían residencia habitual en España.

Asimismo, el menor tenía pasaporte marroquí para poder estar en compañía de sus padres de manera permanente, por lo que se deduce que se trataba de una medida cuya

³²Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-8564>.

finalidad desde un inicio era surtir efectos en un país distinto del país de origen y nacionalidad del menor.

X. AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA EN ESPAÑA Y REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Si bien es cierto que la cuestión de extranjería no se incluye en Derecho Internacional Privado actualmente, conviene mencionar que en la práctica ha originado problemas la obtención de residencia para el menor, por lo que, dada su trascendencia práctica, procederé a hacer una breve mención sobre ello.

El traslado del menor o *makful* a España, requiere una previa Autorización de residencia en nuestro país, así como la concesión de un visado de reagrupación familiar.

En este punto, debo hacer hincapié en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, concretamente en su artículo 17,1 c) que regula lo siguiente: *“El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares: (...) Los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español”*.

Por otro lado, cobra especial relevancia el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, el cual en su artículo 53 d) establece: *“El extranjero podrá reagrupar con él en España a los siguientes familiares: (...) Los representados legalmente por el reagrupante, cuando sean menores de dieciocho años en el momento de la solicitud de la Autorización de residencia a su favor o tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, cuando el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español”*.

Aunque si bien es cierto, los casos de mayor litigiosidad se han dado cuando el *kafil* se trata de un extranjero con residencia legal en España.³³

Asimismo, en la actualidad, únicamente tiene cabida la reagrupación familiar respecto de una *kafala* constituida judicialmente, dado que el Tribunal Supremo, con el fin de impedir que se burlen las condiciones legales de nuestro país, ha exigido como requisito para validar dicha reagrupación que la *kafala* haya sido constituida por Autoridad pública, tal y como podemos ver reflejado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), en la que se deniega a una menor el visado de reagrupación familiar que su tía había solicitado mediante la constitución de una “falsa” *kafala* judicial sobre su sobrina, debido a que la menor no estaba en situación de abandono, sino que vivía en Marruecos con sus padres.

Sin embargo, desde una percepción global y como punto de partida, habría que tener en cuenta la Instrucción emanada de la Dirección General de Inmigraciones de 27 de septiembre de 2007, donde se expresa con claridad que, si la *kafala* es judicial, el *kafil* ostentaría la representación legal del menor, mientras que, si la *kafala* es de tipo notarial, el *kafil* no ostentaría dicha facultad.

De modo que, dependerá del tipo de *kafala* ante la cual nos hallemos, que el visado exigido sea de uno u otro tipo.

Por ende, cuando la *kafala* a tratar es de carácter judicial, se entiende que el *kafil* es representante legal del menor, puesto que, previamente, esta se ha constituido sobre la base de un menor en situación de desamparo o abandono, (por tanto, previa declaración de abandono), unido a la exigencia de intervención de Autoridad judicial.

Además, conviene traer a colación, el caso de que la *kafala* judicial sea constituida por un familiar de menor con nacionalidad española (o también denominada intrafamiliar). En ese caso, el visado a solicitar pasaría por la vía del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, concretamente, por el artículo 2 bis c),

³³ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., op., cit., pág.15.

aplicable a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión Europea, con independencia de su nacionalidad, no incluidos en el artículo 2 del Real Decreto.

De tal manera que, la relevancia en este supuesto no radica en si el *kafil* ostenta o no la representación legal del *makful* cuya reagrupación se pretende, sino que el vínculo familiar existente entre ambos sea lo suficientemente propicio, como para entender que dicho menor sea familiar extenso de su *kafil*, y, en consecuencia, se hallaría en pleno derecho de ser beneficiario del citado visado, así como la tarjeta de residente comunitario.³⁴

En contraposición, cuando la *kafala* en cuestión es de naturaleza notarial, el visado a solicitar, sería el de estancia, con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones. Esta afirmación encuentra su base en que como bien he manifestado a lo largo de este proyecto, la *kafala* notarial no supone ruptura alguna con los padres biológicos del menor, conservando éstos la patria potestad sobre el mismo.

De modo que, tal visado, se debe solicitar conforme los artículos 187 y 188 del 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, requiriendo 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 vaya a permanecer el menor sometido a *kafala*.

Asimismo, tal y como versa en el citado texto legal, la persona sobre la que recaiga dicha responsabilidad, debe expresar por escrito su constancia de que la acogida no tiene por finalidad la adopción y su compromiso de favorecer el regreso del menor a su país de procedencia. Por lo que la destacada estancia gozaría de carácter de temporalidad.

No obstante, en la práctica, se ha excluido la aplicación del régimen comunitario, aun cuando el *kafil* sea español, sobre la base de que como la *kafala* no genera vínculos de filiación entre el *kafil* y el *makful*, este último no puede considerarse beneficiario de reagrupación familiar, por no ser un descendiente propiamente dicho del *kafil*³⁵.

³⁴ RUIZ SUTIL, C., op., cit., pág.158-159.

³⁵ ADROHER BIOSCA, S., op., cit., pág 699.

Sin embargo, conviene destacar la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019³⁶, en la que se refleja que, si el menor está tutelado por un *kafil* y lleva una vida familiar efectiva, ostentaría el derecho de entrada y residencia como un miembro de la familia (es decir, como si existiera vínculo de filiación), basándose en el interés superior del menor y el respeto a su vida familiar.

En contraposición, la solución que emana de la Sentencia comentada, podría resultar idónea siempre y cuando el *kafil* ostente nacionalidad española, puesto que en caso contrario, conviene remarcar que sería conveniente una reforma de nuestra legislación (en este caso concreto de extranjería), que garantice a aquellos menores acogidos en virtud de *kafala*, su derecho a vivir en familia, y por consiguiente, su derecho de reagrupación familiar, dado que como he venido aludiendo a lo largo de este trabajo, la cúspide de esta institución la constituye el interés superior del menor, más allá de cualquier otra concepción de carácter instrumental.

XI. CONCLUSIÓN

Como cierre de este Trabajo de Fin de Grado, me gustaría hacer hincapié en el hecho de que como bien he expuesto a lo largo del proyecto, nos encontramos ante una institución de origen extranjero y, sobre todo, proveniente de la religión musulmana. Por tanto, no debemos caer en el error de tratar esa institución bajo el rasero de la mentalidad europea u occidental.

Es cierto que en nuestro país abunda una gran población que profesa el Islam y que, por tanto, han introducido de una u otra manera su cultura o costumbres.

Sin embargo, tratar de equiparar instituciones o mecanismos propios de su legislación a los nuestros conllevaría a una gran laguna de interrogantes, entre otras razones, porque nuestro Estado en concreto se caracteriza precisamente por ser aconfesional, a diferencia de los países musulmanes donde religión y política van siempre de la mano.

Asimismo, como se puede deducir del análisis elaborado durante los distintos apartados del trabajo, la *kafala* presenta una finalidad relativamente sencilla, puesto que su motor lo constituye el cuidado y protección de menores desamparados.

³⁶ ECLI:EU:C:2019:248.

No obstante, la puesta en marcha y sobre todo el desarrollo práctico de esta institución en nuestro país, encuentra cierto nivel de dificultad y eco de ello ha sido que nuestro legislador ha tenido que adaptarse y dar respuesta a lo largo de los años, para lograr así la eficacia de medidas cuyo objetivo es la preservación del interés superior del menor más allá de las fronteras de sus países de origen.

La labor del legislador no ha sido nada sencilla, dado la variabilidad de la *kafala* en los distintos Estados musulmanes y, sobre todo, debido a la rigidez de algunas legislaciones que ni siquiera permiten el traslado del menor a otro país, aun cuando el *kafil* ostenta nacionalidad del país al que se va a producir el traslado.

Además, otra característica de la *kafala* que puede alejarla de nuestra concepción occidental es la exigencia de que el *kafil* sea fiel seguidor del Islam, y que eduque al menor acogido en base a los fundamentos del Corán.

Este requisito podría resultar cuanto menos violentador de los pilares de la ideología europea, al atentar hasta cierto punto contra el principio de libertad religiosa y, más concretamente, al encorsetar el derecho de los padres a educar a sus hijos de una determinada manera. Aunque como bien se ha expresado, no son padres en sentido estricto, al no ejercer patria potestad sobre ellos.

Es por esta razón, por lo que entiendo que, a pesar de todos los esfuerzos de nuestro legislador, y de las Organizaciones Internacionales de las que emanan convenios internacionales, encaminados a garantizar la continuidad de esta institución en dentro de nuestras fronteras, resulta de lo más complejo tratar de dar solución a una figura que no solo no existe en nuestro Ordenamiento Jurídico, sino que, además, limita la educación de los responsables del menor a unas directrices de lo más restrictivas.

En contraposición, considero que las leyes siempre deben avanzar junto a la sociedad, de modo que la multiculturalidad de nuestro país debería verse reflejada en un sistema legal que permita la integración de todos sus ciudadanos, con independencia de su lugar de origen, etnia o religión.

De modo que, a la vista de que la finalidad de la *kafala* radica en velar por el interés superior del menor, resultaría de gran avance que los Estados musulmanes mostraran mayor flexibilidad al respecto, colaborando con los países Occidentales, ya

que es en estos, donde los menores trasladados encuentran mayor dificultad para poder compaginar ciertas situaciones.

Es decir, debido a que la adopción no estaría permitida en base a los fundamentos del Corán, al trasladarse a Europa y, en concreto, a nuestro país, los menores pueden encontrarse en inferioridad de condiciones y, sobre todo, de derechos, ya que no se les reconoce ciertos derechos, como los sucesorios, como sí les serían reconocidos en caso de una adopción internacional.

En conclusión, si bien es cierto que la *kafala* como institución extranjera debe ser y, además, es respetada en otros países en los que la religión no se halla vinculada a la forma de gobierno, sería crucial para el futuro de la misma, que los propios países donde nace esta figura mostraran hasta cierto punto una mayor laxitud al respecto.

XII. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

-CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado, Vol. II*, Comares, Granada, 2018.

-DENIEUIL, P./ LAROUSSE H., *Les valeurs internationales à l'épreuve du terrain : adhésions et résistances à la lutte contre le travail des enfants au Maroc*, De Boeck Supérieur, 2012.

-MOTILLA, A., *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico. Adaptación al Derecho español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado, Comares, Granada, 2018.

-VIRGÓS SORIANO M./GARCIMARTÍN ALFÑÉREZ, F.J. *Derecho Procesal Civil internacional. Litigación internacional*, Pamplona, 2007.

ARTÍCULOS

-ADROHER BIOSCA, S. “Kafala y Adopción. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18) Núm. 220/2020 de 10 de junio”, Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2021), Vol. 13, N° 1, pág. 694-701.

-DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico («kafala»)” Diario La Ley, Nº 7393, 3 May. 2010, Año XXXI, pág. 1-23.

-DIAGO DIAGO, P., “La kafala islámica en España”, Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2010), Vol. 2, Nº 1, pág 140-164.

-MARCHAL ESCALONA, N., “La kafala marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana”, Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, Universidad de Granada, 2013, pág. 20-21.

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

-RUIZ SUTIL, C. “La mujer kafila y la recepción de la kafala marroquí en el ordenamiento jurídico español”. Revista Clepsydra, 16, noviembre, 2017, pág. 145-166.

JURISPRUDENCIA

-Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019.

-Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid de 31 de enero de 2008 (Rec 2423/2007).

-Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2011 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª).

-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 5797/2013 (nº de resolución 2236/2013).

-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 2003/2015 (nº de resolución 00875/2015).

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 27 junio 2011.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 4370/2020.

-Auto de la Audiencia Provincial de Ceuta 148/2020 (nº de resolución 3/2021).

-Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 4ª) núm. 173/2017 de 25 octubre 2017.

-Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 8 julio 2008.

-Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 4271/2020.

-Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 18ª, de 8 de julio de 2008 y de 30 de octubre de 2008.

-Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Secc. 3ª, de 4 de junio de 2008.

-Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Secc. 1ª, de 11 de diciembre de 2008.

-Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Secc. 1ª, de 23 de junio de 2008.

-Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Secc. 5ª, de 11 de diciembre de 2008.

-Resolución Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, (actual, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales.

-Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de febrero de 1996 (La Ley 6513/1996).

-Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de marzo de 2006 (La Ley 48211/2006).

TEXTOS LEGISLATIVOS Y DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS

ESPAÑOLAS

-Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

-Constitución Española de 1978.

-Instrucción emanada de la Dirección General de Inmigraciones de 27 de septiembre de 2007. (jurisprudencia)

-Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

-Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

-Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

-Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.

-Orden FAM/32/2010, de 12 de enero, de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, por la que se convocan subvenciones incluidas en el programa de apoyo a las familias de Castilla y León y de fomento de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

-Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

-Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

-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.

-Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

INTERNACIONALES

-Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

DISPOSICIONES EXTRANJERAS

-Circulaire du 22 octobre 2014 relative aux effets juridiques du recueil légal en France. (NOR: JUSC1416688C; BOMJ n°2014-11 du 28 novembre 2014 – JUSC1416688C).

-Código argelino de la familia, aprobado por la Ley n° 84-11, de 9 de junio de 1984, y reformado mediante Decreto de 27 de febrero de 2005. Traducción por PÉREZ BELTRÁN. Disponible en: <http://www.icacs.com/doc/CodigoCivilArgelino.pdf>

-Código marroquí de Estatuto Personal.

-Corán, versículos 4 y 5, Sura XXXIII.