

LA *KAFALA* DE DERECHO ISLÁMICO: CONCEPTO,
NATURALEZA JURÍDICA, CARACTERES Y EFECTOS JURÍDICOS
EN ESPAÑA

KAFALAH OF ISLAMIC LAW: CONCEPT, LEGAL STATUS,
CHARACTERS AND LEGAL EFFECTS IN SPAIN

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 819-826.

Fecha entrega: 30/09/2014
Fecha aceptación: 15/07/2015

· El presente trabajo se corresponde con la Ponencia presentada en las Jornadas internacionales celebradas en la Universidad de Valencia los días 8 y 9 de septiembre 2014 en el marco de los trabajos del Proyecto de Investigación DER2013-47577-R. IMPACTO SOCIAL DE LAS CRISIS FAMILIARES y del grupo de Investigación de la Universidad de Valencia RESEARCH GROUP PERSON AND FAMILY (GIUV 2013-101).

Dr. ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ
Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad Miguel Hernández de Elche (España)
alfonso.ortega@umh.es

RESUMEN: Es fácil constatar la creciente presencia de población islámica en España y en los países de nuestro entorno. Este hecho ha dado lugar a la irrupción de unas instituciones jurídicas de origen islámico, ante las que nuestro ordenamiento ha tenido que pronunciarse, como, por ejemplo, el matrimonio polígamo, la dote islámica o la *kafala*. La *kafala* es una institución legal de protección de menores propia de los Ordenamientos jurídicos de ciertos Estados del círculo cultural islámico. En las páginas que siguen nos vamos a detener en el análisis de los efectos jurídicos de la *kafala* en España, tras determinarla conceptualmente y fijar su naturaleza jurídica y rasgos característicos.

PALABRAS CLAVE: *Kafala*, adopción internacional, efectos jurídicos acogimiento internacional.

ABSTRACT: Is easy to see the growing presence of Muslim population in Spain and in neighboring countries. This has led to the emergence of legal institutions of Islamic origin about which our system has had to decide, such as polygamous marriage, Islamic dowry or *Kafala*. *Kafala* is a legal institution of minors' protection under the laws of certain states of the Islamic cultural circle. In the following pages we will focus on in the analysis of the legal effects of the *Kafala* in Spain, after determining it conceptually and fixing its legal nature and characteristic features.

KEY WORDS: *Kafala*, international adoption, legal effects fostering international.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.- II. CONCEPTO.- III. NATURALEZA JURÍDICA.- IV. CARACTERES.- V. EFECTOS JURÍDICOS DE LA *KAFALA* EN ESPAÑA Y DERECHO DE EXTRANJERÍA.- VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

I. PLANTEAMIENTO.

Si dudamos acerca de la importancia del tema basta con leer la prensa nacional. Hace algunos meses que el Gobierno de Marruecos se ha comprometido a no paralizar los expedientes de acogimiento abiertos por 34 familias españolas siempre y cuando cumplieren con los requisitos fijados para el procedimiento conocido como *kafala*. Esta institución, propia del mundo islámico, permite a una persona hacerse cargo del cuidado, la educación y la protección del niño, sin necesidad de adoptarlo ni asumir la patria potestad.

Países del Magreb aceptan el uso de la *kafala* para que una tercera persona adquiera el compromiso de cuidar, proteger y educar al menor. El Ministerio de Justicia marroquí viene instando a la Fiscalía a realizar una supervisión más exhaustiva sobre los requisitos exigidos para este régimen de acogida. Entre ellos, se encuentran la educación en la religión musulmana y la residencia habitual de los tutores en Marruecos para garantizar el bienestar de los menores. En el caso concreto de 34 familias españolas afectadas que ya han comenzado la tramitación y están pendientes de resolución, todas ellas cumplen ya la condición exigida de habitar en territorio marroquí.

La *kafala* implica un compromiso para hacerse cargo de la protección, educación y manutención de un niño abandonado, pero no confiere el derecho a la filiación ni a la sucesión. Muchos países del mundo islámico prohíben la adopción al defender que el vínculo jurídico de la filiación puede tener únicamente un origen biológico.

II. CONCEPTO.

La *kafala* es una institución familiar del derecho islámico y de origen religioso que no crea vínculos de filiación como la adopción¹. Se aparta

¹ La descripción jurídica de la *kafala* puede seguirse en numerosos pronunciamientos de la jurisprudencia contemporánea española y extranjera (RDGRN 21 marzo 2006, RDGRN 14

también de la misma porque los menores que acoge la *kafala* son menores sin hogar (huérfanos o abandonados sin filiación o con filiación, siempre biológica), pero al igual que la adopción su fin es la protección del interés del menor.

Mediante la *kafala* una persona, por lo general, un varón, llamado *kafil*², se hace cargo de un menor, denominado *makful*, a quien se limita a garantizar su mantenimiento y educación³.

El *makful* no adquiere el apellido del *kafil*, del mismo modo que tampoco goza de ningún derecho a heredar de él (aunque resulte frecuente en algunos ordenamientos el recurso al *tanzil*, también llamado "adopción de recompensa" o "adopción testamentaria", institución de Derecho sucesorio por cuya virtud una persona –eventualmente el *makful*– se convierte en legataria de un tercio de los bienes de otra).

Sólo la exigencia de establecimiento de la *kafala* mediante un "acto legal" aproxima esta institución a la adopción⁴.

mayo 1992, RDGRN 18 octubre 1993, RDGRN 14 mayo 1992, RDGRN 13 octubre 1995, RDGRN 1 febrero 1996, RDGRN [5ª] 27 febrero 2006, RDGRN [2ª] 21 marzo 2006, SAP Granada, Sec.4ª, 25 abril 1995, STSJ Madrid 31 enero 2008 [*kafala* marroquí]; Sent. Cour Cass Francia 10 octubre 2006; Sent. Cour Cass Francia 9 julio 2008 [*kafala* argelina], Sent. Corte Cassazione Italia 4 noviembre 2005, Sent. Cass Francia 25 febrero 2009 [*kafala* de niño argelino]). Sent. Cass Francia 15 diciembre 2010 [*kafala* de niño argelino]).

² La Ley marroquí 15-01 sobre la *kafala* de los menores abandonados, promulgada mediante el *Dahir* de 13 de junio de 2002, ha permitido que un matrimonio o que una mujer se hagan cargo de un menor mediante esta institución.

³ A modo de ejemplo, la STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª), de 14 de septiembre de 2004, ha establecido que esta institución de guarda "supone asumir su educación [del menor], manutención, escolarización y todas las necesidades de la vida cotidiana, así como velar por la garantía de sus derechos legales y administrativos tanto dentro del territorio nacional como fuera".

⁴ Así, p. ej., 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, estableció en sus artículos 116 y 117 la necesidad de establecer la *kafala* ante un Juez o un Notario indistintamente (sin especificar la competencia *ratione materiae* o *ratione loci*), en tanto que el artículo 4 de la Ley tunecina de 1958 exigió mayor rigor: acto celebrado ante Notario y posterior homologación por el Juez. La citada Ley marroquí de 2002 exige la constitución de la *kafala* ante el Juez de Tutelas, correspondiendo al Tribunal de Primera Instancia la ejecución de la resolución de constitución de la misma.

III. NATURALEZA JURÍDICA.

Es indudable que, desde el punto de vista del Derecho español, la *kafala* no es una adopción, ya que no produce la creación de una nueva relación jurídica paterno-filial entre el *kafil* y el *makful*. Al no crear un vínculo jurídico de filiación entre las personas entre las que se constituye, no puede ser considerada como una clase de adopción internacional. En consecuencia, se admite que la *kafala* pueda ser equiparada a un acogimiento familiar, en dos de las modalidades previstas en el artículo 173, bis, párrafo primero, de nuestro Código Civil.

La Resolución-Circular de la DGRN de 15 de julio de 2006, afirma, así, que la *kafala* “del Derecho de los países de inspiración coránica es una institución que no crea un vínculo de filiación [...] No se producen, en consecuencia, ni la modificación del orden sucesorio en la herencia causada por cualquiera de los miembros de la nueva familia, ni el nacimiento de vínculo de parentesco alguno ni, en consecuencia, impedimentos para el matrimonio”⁵. El mismo sentido se pronuncian las posteriores Resoluciones de la DGRN de 18 de octubre de 1993, las cuales, tras calificar la “kafala” como un mero acogimiento, observan que la adopción habrá de constituirse *ex novo* por el juez español competente.

IV. CARACTERES.

En principio hay que partir de que no podemos encontrar una sola institución que tenga características similares: ni la adopción, ni la tutela, y ni el acogimiento acogen totalmente la misma función que la *kafala* de Derecho islámico.

La existencia de la kafala en Derecho musulmán está directamente relacionada con la expresa prohibición de la adopción en la religión

⁵ De ahí que la RDGRN de 14 de mayo de 1992 denegara la inscripción en el Registro Civil español de una adopción constituida conforme a legislación marroquí, adquiriendo posteriormente los cónyuges, a quienes se había confiado el menor, la nacionalidad española por residencia al señalar que: “A la vista de las informaciones obtenidas sobre la legislación marroquí hay que concluir que la “adopción” constituida ante las autoridades marroquíes competentes 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 alteración en el estado civil de éstos y sólo alcanza a establecer una obligación personal por la que el matrimonio que se hace cargo de un menor ha de atender a sus necesidades y manutención. Es claro, pues, que esa figura no pueda considerarse incluida en la lista de actos inscribibles que detalla el art. 1 de la Ley del Registro Civil”.

musulmana⁶. Esta prohibición tiene un origen muy polémico que se ha vinculado directamente con la vida personal del Profeta.

En los ordenamientos jurídicos de raíz musulmana que admiten esta institución, la *kafala* no genera un “vínculo de filiación” entre el menor (*makful*) y sus “cuidadores” (*kafil*s). Así, el menor no dispone de derechos sucesorios en relación con su “nueva familia”, ni existe vínculo de parentesco con dicha nueva familia. Aunque en ocasiones se denomina a la *kafala*, erróneamente, con el término “adopción”, la *kafala* musulmana no presenta el mismo contenido ni efectos que la “adopción” de los países occidentales.

El titular de la *kafala* (*kafil*) no ostenta la patria potestad respecto del menor cuyo cuidado asumen.

Los Ordenamientos Jurídicos de ciertos Estados musulmanes exigen, como requisito indispensable para la validez de la constitución de la *kafala*, que el *kafil* profese la religión musulmana. Ello se explica porque una de las finalidades básicas de la *kafala* es asegurar la educación del menor en la Fe del Islam.

La configuración concreta de la *kafala* en los distintos países musulmanes es muy variable: algunos países no permiten una “*kafala* internacional” (= Irán, Mauritania o Egipto), otros sí las permiten siempre que los potenciales *kafil*s sean de religión islámica (= Marruecos o Pakistán), y otros países de tradición islámica admiten la adopción y la *kafala* (= Indonesia o Túnez).

La *kafala* es un mecanismo jurídico de protección de menores desamparados que preserva el interés superior del menor (= Sent. Cour Cass Francia 25 febrero 2009 [*kafala* de niño argelino]).

V. EFECTOS JURÍDICOS DE LA *KAFALA* EN ESPAÑA Y DERECHO DE EXTRANJERÍA.

Las *kafalas* constituidas por autoridades extranjeras con arreglo al Derecho islámico pueden producir efectos en diversos órdenes jurídicos.

Una vez reconocida en España la *kafala* como tutela o acogimiento familiar español, surtirá los efectos jurídicos de estas instituciones legales “españolas”. Equiparar, con carácter general, la *kafala* con una filiación

⁶ Corán, versículos 4 y 5, Sura XXXIII.

adoptiva constituye un grave error, incluso si ello se lleva a cabo a efectos de la concesión de una pensión pública de orfandad⁷. Sin embargo, lo cierto es que, en este punto, existe una jurisprudencia contradictoria⁸.

En otro orden de cosas, desde el punto de vista del derecho de la extranjería, debemos señalar los siguientes efectos jurídicos: 1º) la concesión de visado para la reagrupación familiar, cuando la *kafala* se ha constituido en un procedimiento administrativo o judicial. El visado debe concederse, cuando la *kafala* se ha constituido en un procedimiento administrativo o judicial por la autoridad pública competente y se ha constatado la situación de desamparo del menor (si éste tiene padres o tutores), en cuyo caso el *kafil* es equiparado a un tutor dativo⁹; y 2º) Denegación de visado, cuando la *kafala* se ha acordado privadamente o por acta notarial. Por el contrario, se entiende que no procede el visado en los casos de ausencia de procedimiento judicial o administrativo de constitución de la *kafala*¹⁰.

⁷ *Vid.* STSJ Madrid 31 enero 2008 [*kafala* marroquí]; muy correcta, en Francia, la Sentencia Cour Cass. [Francia] 11 junio 2009.

⁸ *Vid.*, en sentido favorable, 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. En sentido contrario, 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.

⁹ *Vid.* la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª, de 14 de marzo de 2008; o, la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª, de 2 de octubre de 2008.

¹⁰ En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la STSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª, de 30 noviembre de 2007; la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª, de 5 de junio de 2008; la STSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2ª, de 23 de septiembre de 2008; o, la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª, de 16 de junio de 2009.

