

LA *KAFALA* ISLÁMICA EN ESPAÑA*

M^a DEL PILAR DIAGO DIAGO

*Profesora titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Zaragoza*

Recibido: 29.01.2010 / Aceptado: 12.02.2010

Resumen: La *Kafala* es una institución muy compleja que tiene un marcado carácter multifuncional, y que cuenta con un poderoso componente religioso. Todo ello hace que se resista a toda tentativa de asimilación plena, con las instituciones del Derecho español, complicando la tarea de Derecho Internacional Privado de asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas en situaciones transfronterizas.

La sustitución integral de la *Kafala* por una medida de protección del menor propia de nuestro sistema y en especial, por la adopción, acogimiento o tutela, desencadena una metamorfosis artificial de aquella no justificada.

Las resoluciones de *Kafala* una vez reconocidas en España, deben poder desplegar los efectos que le son propios, según la ley extranjera de origen y en atención a cada supuesto concreto; esto es, examinado el contenido del acto de constitución, se procederá a la equiparación funcional con la figura de Derecho español, que pueda dar la cobertura suficiente al efecto reclamado.

Palabras clave: *Kafala*, Derecho de familia internacional, reconocimiento, medidas de protección del menor.

Abstract: *Kafala* is a very complex institution with a significant multifunctional nature and a considerable religious component. For these reasons a total assimilation of the *kafala* with Spanish legal institutions is extremely difficult and the attempt of International private Law seeking continuity in cross-border legal relationships is highly complicated. Replacing the *kafala* by a protection measure for minors from our own legal system, such as adoption, foster care or guardianship, results in an unjustified artificial metamorphosis of the *kafala*.

Once the *Kafala* is recognized in Spain it should be able to produce all the effects it has in the foreign law of origin attending to each particular case. That is, considering the content of the constitution of the *kafala* a functional equalization with the institution of Spanish law suitable to guarantee the corresponding effect will take place.

Key words: *Kafala*, International family Law, recognition, protection measures for minors.

Sumario: I. Introducción. II. La *Kafala* islámica: caracterización general. III. La *Kafala* en el Derecho marroquí y sus efectos. 1. Los efectos relativos a la constitución de la *Kafala*. 2. Condiciones necesarias para el otorgamiento de la *Kafala*. 3. Tipos de *Kafala*. IV. Situaciones relativas a *Kafala* que requieren la atención del Derecho Internacional Privado. V. Reconocimiento en España de resoluciones extranjeras de *Kafala* constituidas en el extranjero. VI. Efectos jurídicos en España de resoluciones extranjeras de *Kafala* constituidas en el extranjero. 1. Técnica de la sustitución y posible asimilación. A) La adopción. B) Otras medidas de protección: acogimiento y tutela. 2. Equiparación “funcional” caso por caso. VII. Consideraciones finales.

* Estudio realizado en el marco de los Proyectos de Investigación P1055-08 Gobierno de Aragón “Conflicto intercultural y Derecho islámico: soluciones para la integración jurídica de la diversidad” y UZ2009-SOC-03 Universidad de Zaragoza “Sociedad intercultural e Islam en España: Retos del ordenamiento jurídico”.

I. Introducción

1. La transformación pausada, continua y progresiva de la sociedad actual que tras la sorpresa de recibir otras realidades culturales, se ha instalado en un marco de deseable diálogo de civilizaciones, conforma el escenario en que, como ya vaticinará A. BORRÁS RODRÍGUEZ en el año 1994, se generan numerosos conflictos ocultos que requieren la atención del Derecho Internacional Privado¹.

La existencia de otras realidades jurídicas, a veces imbuidas en principios extraños a aquellos que conforman el “mundo” Occidental, dejan de ser algo ajeno y exótico, al filtrarse a través de los elementos de heterogeneidad de las relaciones privadas. Bien entendido que la heterogeneidad desde una lectura en línea con la recepción de la diversidad, puede ir mucho más allá de la mera presencia de elementos de extranjería, la cual ha venido a conformar el núcleo tradicional del Derecho Internacional Privado.

Al margen de cual sea el Derecho aplicable, la existencia de peculiaridades culturales y religiosas no puede ser ignorada y menos por el hecho de no encajar en la estructura del orden jurídico de la sociedad en la que coexisten. El respeto a la diversidad, necesariamente ha de entrañar el respeto a la ley extranjera y aún más, el respeto a la identidad cultural y religiosa que se deriva en ocasiones directamente, de la pertenencia a una determinada confesión².

2. Nos situamos en suma, en la esfera de una nueva generación de problemas de Derecho Internacional Privado, frente a los cuales con frecuencia, las legislaciones adolecen de preparación³. Respecto de aquellos y tal y como señala S. VRELLIS, la justicia puramente formal de Derecho Internacional Privado clásico, debe ser reemplazada en la práctica, por una justicia material pero siempre a través de los mecanismos propios de la disciplina⁴.

Estos mecanismos son los que necesariamente se deben desplegar, cuando hace su aparición en el escenario del Derecho Internacional Privado, instituciones desconocidas por los ordenamientos de los países de acogida. Como ya ha sucedido con anterioridad con instituciones propias de Derecho islámico como el matrimonio polígamo, la dote islámica o el repudio o talad, la *Kafala* hace su aparición, reclamando el reconocimiento de efectos y generando los problemas a los que se acaba de aludir.

3. Con el presente estudio se trata de hacer un acercamiento a las situaciones que, reflejo de la mundialización de las relaciones personales y familiares, han dado ya lugar a resoluciones judiciales. El carácter desconocido de ésta institución perturba su penetración en el sistema jurídico español y da lugar a cierta desorientación que no es sino producto de la dificultad extrema que implica reconocer una relación jurídica internacional extraña. De ahí que resulte esencial el estudio de las características de esta figura en aras a buscar y tratar de encontrar soluciones de Derecho Internacional Privado que procuren como señalara J.D. GONZÁLEZ CAMPOS la conciliación y el ajuste social⁵.

¹ A. BORRÁS “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel” en *Recueil des Cours*, vol. 249 1994-V, pp. 145 a 368; ID., “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe”, en VV.AA., *El Islam jurídico y Europa*, Barcelona 1998, pp. 163 a 198, con cr. p. 166: “se trata de supuestos en que determinadas peculiaridades culturales de un grupo, a menudo numeroso, son tomadas en consideración al margen de la legislación que resulte aplicable”.

² E. JAYME “Identité culturelle et intégration. Le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé” en *Recueil des Cours*, vol. 251, 1995-II.

³ P. GANNAGÉ, “La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille” en *Revue critique de droit International Privé*, 1992, p. 426, señalaba en esta línea que las soluciones de Derecho Internacional Privado clásico no resultan satisfactorias.

⁴ S. VRELLIS “Le droit International privé est par hypothèse ouvert au monde entier: il n'est pas xénophobe ni impérialiste” *Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice*, *Recueil des Cours* 2007, t. 328, pp. 188-474, en especial p. 457.

⁵ Discurso de investidura del Profesor Doctor JULIO DIEGO GONZÁLEZ CAMPOS como *Doctor Honoris Causa*, Universidad de Salamanca, Secretaría General, 2001 p. 43.

II. La *Kafala* islámica: caracterización general

4. El termino “*Kafala*” en árabe hace referencia a dos conceptos, uno relacionado con la garantía de pago pero no sólo referida a cuestiones pecuniarias y otro, el que aquí interesa, referido al compromiso de cuidado de un menor⁶ y que está íntimamente relacionado con el interés del niño en que se declara fundada la *La Sharia*, la ley islámica⁷.

5. La *Kafala* es una institución propia del mundo islámico por el cual el *kafil* (titular de la *Kafala*) adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente del cuidado, de la educación y de la protección del menor (*makful*) de la misma manera que un padre lo haría para con su hijo. Es importante resaltar la manera gráfica en que se describe las obligaciones que derivan de la *Kafala* tanto en el Código Argelino de estatuto personal⁸ ar. 116 *de igual forma que lo haría un padre por su hijo*, como en la Ley marroquí nº 15-01 relativa a la *Kafala* de los menores abandonados *de la misma manera que lo haría un padre por su hijo*⁹.

El Corán pondera el cuidado de los niños sin hogar, (debe recordarse que el mismo Mahoma fue huérfano) y lo hace dentro del marco de reconocimiento por la *Sharia* y desde hace más de 14 de siglos, de numerosos derechos a los niños. Esta institución está íntimamente ligada a los valores sociales tradicionales que presiden la sociedad islámica en general y en concreto a sus valores religiosos.

6. La configuración concreta de ésta figura así como sus requisitos formales y sus modalidades de funcionamiento, presentan variaciones según el ordenamiento islámico que se tome de referencia. No es lo mismo la *Kafala* marroquí que como se verá, acepta la *Kafala* internacional, que la *Kafala* argelina que exige que el *kafil* sea argelino, condición de nacionalidad que es exigida también en Siria o Jordania respecto de sus nacionales y que tampoco aceptan la *Kafala* de extranjeros e incluso llegan a impedir que el *Kafil*, aun nacional, se instale en el extranjero con el niño. La legislación marroquí en estos supuestos, exige la autorización del juez competente, que es el juez de tutelas y siempre en interés de las partes (art. 24).

Ahora bien, sea como fuere el perfil diseñado para la *Kafala* por los diferentes sistemas jurídicos musulmanes, lo que no varía es su fundamento y su anclaje en la ley divina relevada por Dios, en la *Sharia*, de ahí que el factor religioso sea extremadamente importante. Sólo podrán ser *kafil* los musulmanes pues estos asumen el deber sagrado de educar al niño en la verdad del Corán.

El factor religioso forma parte de la esencia de esta peculiar forma de protección de los menores y encuentra su explicación en un principio que inspira los sistemas jurídicos islámicos y que orienta sus diferentes normativas: la preservación de los lazos de sangre y por ende, la exclusión de la adopción.

7. La adopción en la mayoría de los sistemas jurídicos musulmanes está prohibida, es *haram*, con la excepción en los países del Magreb de Túnez que la admite, si bien con una práctica muy escasa¹⁰. Ahora bien, esta afirmación y la misma figura de la *Kafala*, debe ser entendida en el contexto particular del Derecho de los países del mundo islámico que difícilmente, puede entenderse desde las estructuras

⁶ F. MAÍLLO SALGADO *Diccionario de Derecho islámico* Gijón 2005 p. 183 a 185.

⁷ D. CHARIF FELLER *La garde (Hadanah) en droit musulman et dans les droit égyptien, syrien et tunisien*, Genève, 1996, p. 14

⁸ Su base fundamental es la escuela jurídica malikí, vid. C. RUIZ-ALMODÓVAR *El Derecho Privado en los países árabes. Códigos de estatuto personal*, Granada 2005 p. 11 y s.s Ley nº 84-11, de 9 de junio de 1984 por la que se aprueba el Código modificado posteriormente por Decreto de 27 de febrero de 2005. Para un acercamiento a la reforma vid. SAÏDI, “La réforme du Droit algérien de la famille: pérennité et rénovation”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2006, nº 1, p. 119 y ss.

⁹ Dahir nº 1-02-172 de promulgación de la Ley nº15-01 B.O de 5 de septiembre de 2002 v. traducción en AAVV, *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de Derecho Privado marroquí*, vol. II, Madrid, 2009, pp. 189-198 y Anexo AAVV, *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009, pp. 88-97.

¹⁰ Ley nº 58-27, de 4 de marzo de 1958, sobre tutela pública, tutela oficiosa y adopción, K. MEZIOU, “Tunisie”, *J.-Cl. Droit comparé*, 1997, fasc. 1, nº 151 ss.

de los esquemas occidentales¹¹.

8. Debe tenerse presente que ideas tan arraigadas en nuestra cultura como la separación entre sociedad civil y religiosa, entre Derecho secular y Derecho confesional, son extrañas al mundo islámico. Esta mezcla compactada tiene su reflejo directo en la legislación y en la jurisprudencia. Si bien es cierto que actualmente la mayor parte de los países del mundo islámico no aplican directamente el Derecho islámico, sino que tienen Códigos de Derecho positivo, también lo es que estos Códigos están inspirados y respetan el Derecho islámico. Esto es especialmente así, en las materias relativas al Derecho de familia y de la persona¹², lo que le ha merecido la calificación de “bastión de la Sharia”¹³.

Así pues, no es de extrañar que la prohibición de la adopción se derive de los versos 5, 37 y 38 de la Azora de los Partidos y que de ahí, haya pasado a las diferentes legislaciones. El art. 149.1 del Código de familia marroquí es un ejemplo paradigmático: “La adopción no tiene valor jurídico y no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima” A partir de aquí, investigar el origen de esta prohibición que puso fin a la práctica de adopciones en la Arabia pre-islámica es muy difícil.

9. Frente a versiones que plantean dudas a cerca de su veracidad, pero que han sido difundidas a través de diferentes trabajos en Occidente¹⁴ y que quizás encajen mejor en una “mentalidad pragmática”, como es el que con tal prohibición se evitaba al escándalo que supondría que el Profeta tomará como esposa a su nuera adoptiva (Zaynab esposa de Zayd hijo adoptivo del Profeta), los comentaristas más destacados del Corán, explican el origen de la prohibición de manera muy diferente. Tras el fracaso del matrimonio entre Zayd y Zaynab y una vez disuelto éste, el Profeta toma como esposa a Zaynab, obedeciendo una orden divina. Con este proceder da prueba definitiva de que la adopción queda prohibida por el Islam y por tanto, el matrimonio se podía celebrar pues la adopción de Zayd no había generado vínculos de filiación¹⁵.

¹¹ Vid., en especial, M. CHARFI, “L’influence de la religion dans le Droit international privé des pays musulmans”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, t. 203 (1987-III), pp. 321 ss. y S. AALDEEB ABU-SAHLIEH, “Conflits entre Droit religieux et Droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1997, n° 4, p. 813 ss.

¹² Para un acercamiento general a los problemas que genera la recepción de este Derecho v. entre otros M^a P. DIAGO DIAGO “La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español”, *Aequalitas*, n° 6 (enero-abril de 2001), pp. 6 ss. y A. MOTILLA y P. LORENZO *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Colex, Madrid, 2002

¹³ Incluso cuando se ha acometido un importante proceso de modernización de ese Derecho, como ha ocurrido con la nueva Mudawwana marroquí, se ha acometido desde el respeto a la ley islámica y con los límites que ella marca. De hecho fue promulgada por Mohamed VI en su condición de emir de los creyentes. Estos dos principios que han guiado la reforma (afán de modernización y respeto a la tradición islámica), se recogen expresamente en el preámbulo de la ley como principios rectores al afirmar que “*el Soberano ha insistido a este respecto en la necesidad de atenerse escrupulosamente al espíritu de los verdaderos propósitos e intenciones del Islam, generoso y tolerante. Igualmente, su Majestad ha exhortado a los miembros de la Comisión a valerse del esfuerzo jurisprudencial de la ijthihad (interpretación), teniendo en cuenta el espíritu de la época, los imperativos de la evolución y los compromisos suscritos por el Reino en materia de derechos humanos tal y como son reconocidos universalmente*”. Vid. Z. COMBALÍA SOLÍS “¿Igualdad o equidad?: el reconocimiento en occidente de instituciones islámicas de inspiración patriarcal”, en AA.VV. (B. GONZÁLEZ-MORENO [coord.]), *Políticas de igualdad y derechos fundamentales*, Valencia 2009, p. 260. Respecto de la justificación para la promulgación del nuevo Código de familia, vid. A. RODRÍGUEZ BENOT “El régimen de las relaciones de familia de los marroquíes ante el ordenamiento español”, en AA.VV., *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, 2009, pp. 671-684, en especial p. 676 y, para un acercamiento a las repercusiones que ha tenido en la inmigración marroquí, vid., en general, M^a P. DIAGO DIAGO, “Repercusiones de la nueva Mudawwana en la inmigración marroquí”, en AA.VV., *Musulmanes en el Aragón del S. XXI*, Zaragoza, 2004, pp. 141-161.

¹⁴ Entre otros, vid. aproximación en F. CALVO BABIO, *Reconocimiento en España de adopciones simples realizadas en el extranjero*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2003, pp. 13-15 y otros acercamientos en E. CONTE, “Choisir ses parents dans la société arabe. La situation à l’avènement de l’Islam”, en AA.VV., *Epouser au plus proche. Inceste, prohibitions et stratégies matrimoniales autour de la méditerranée*, Editions de l’école des hautes études en sciences sociales, Paris pp. 165-186.

¹⁵ H. ZEKRI “La *Kafala* en el Derecho marroquí”, en AAVV, *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009, pp. 8 y 9. Por lo que se refiere a la vida del Profeta, vid., en general, I. HICHAM (traduit par Wahid Atallah), *La biographie du Prophète Mahomet*, Fayard, Paris, 2004; I. ISHAQ, *La vie du Prophète Muha-*

10. Sea como fuere, lo que aquí interesa es que la caracterización de la *Kafala* se aparta definitivamente de la figura de la adopción, pues ésta jamás creará vínculos de filiación, mientras que aquella siempre lo hará; desde su configuración más leve en la que se mantienen vínculos de filiación con la familia anterior: adopción simple, hasta la configuración de la adopción plena, en la que se rompen definitivamente los vínculos con la familia anterior.

11. Pero además, obsérvese que la *Kafala* se constituirá por *Kafil* de confesión musulmana, lo que refuerza su carácter especial que vuelve a alejarla de la adopción y que responde a su instrumentalización hacia la tarea de la educación del niño en la religión musulmana. No debe olvidarse por otro lado, la fisonomía de los ordenamientos de países del Próximo Oriente, que presentan un carácter confesional que da coherencia a esta regulación y del que no puede aislarse esta figura, so pena de sufrir una grave desnaturalización.

12. De todo lo señalado hasta aquí, cabe afirmar que la *Kafala* es una medida de protección del menor que, como se ha visto, no es universalmente conocida, como tampoco lo es la adopción, pero que recibe reconocimiento como tal medida, como así ocurre con la adopción. Esta afirmación encuentra su fundamento máximo en el art. 20, apartado 3º, del Convenio sobre los derechos del niño, hecho en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 en el marco de las Naciones Unidas¹⁶. El art. 20 dispone que:

1. *Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar; o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.*

2. *Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.*

3. *Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la *Kafala* del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.*

13. Resulta especialmente importante asimismo, destacar la atención prestada a la *Kafala* en el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, destinado a reemplazar al de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores aún vigente para nosotros¹⁷. Tal Convenio, como se analizará más adelante, recoge de manera expresa, entre las medidas protectoras del menor, su acogimiento mediante *Kafala* en sus arts. 3, letra e) y 33.

14. El reflejo que esta institución tiene en los textos internacionales citados, debe proyectarse en una cuestión especialmente importante desde la perspectiva internacional privatista, como es la de la posible operatividad del orden público internacional. Es evidente, que la admisión de su existencia, que aquellos hacen de la *Kafala*, impide plantear en principio problemas relativos a esta excepción¹⁸ y ello aún cuando la constitución de esta figura y su desarrollo presentan, como ha sido expuesto, un marcado carácter religioso¹⁹. En definitiva, la caracterización general de la *Kafala* la sitúa dentro del marco de la protección del menor y de las medidas que cada ordenamiento articula para ello, siendo la que proporciona el máximo de protección previsto por los Derechos islámicos. Por su parte, la adopción es la

mmand, T. I, Editions Albouraq, Beyrou, 2001.

¹⁶ *Boletín Oficial del Estado* nº 313, de 1 diciembre; en él es parte asimismo Marruecos.

¹⁷ *Boletín Oficial del Estado* nº 199, de 20 agosto 1987. España firmó el Convenio de 1996, abril de 2003, pero no lo ha ratificado.

¹⁸ Así lo señala A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “La protección del menor venido a España en *Kafala* : acogimiento con tutela dativa, y en su caso, adopción”, en AA.VV., *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009, p. 157: “Ni la *Kafala* ni la adopción plantean un problema de orden público internacional a la luz de los textos internacionales”.

¹⁹ Obsérvese que, en estos casos, no habrá lugar a que se produzca una “externalidad negativa” para la sociedad española por lo que no se activará la excepción de orden público. Vid., sobre esta excepción, el exhaustivo análisis de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público Internacional y externalidades negativas”, *BIMJ*, 2008, nº 2065, pp. 2351-2378.

medida que proporciona la máxima protección en los ordenamientos occidentales a los niños que no pueden encontrar una familia adecuada tal y como señala el Convenio de La Haya de 1993. Se trata por tanto, de dos instituciones que encuentran su fundamento último en el interés superior del menor, siendo sin embargo desde el punto de vista jurídico, figuras distintas y que por tanto, no deben ser confundidas.

III. La *Kafala* en el Derecho marroquí y sus efectos

15. Una vez realizado un acercamiento general a esta institución desconocida por nuestro ordenamiento, se impone un análisis más exhaustivo que tome como base la regulación *ad hoc* que el Derecho marroquí le dedica. La cercanía con Marruecos y el hecho de que los marroquíes sigan siendo en términos absolutos, los nacionales de terceros Estados con más presencia en España, explica el que sea la *Kafala* marroquí la que cada vez con más frecuencia, conforme el núcleo de diversas situaciones que reclaman la atención de nuestra disciplina y de nuestra justicia, máxime cuando aquella puede adoptar la modalidad internacional.

16. El claro asentamiento de la *Kafala* en los valores tradicionales de estas sociedades, lleva a que sea habitual el que no exista una normativa específica dedicada a ella, pero no es el caso del Derecho marroquí que cuenta con la Ley n^o 15-01, relativa a la *Kafala* de los menores abandonados²⁰ y que viene a sustituir a una ley anterior la n^o 1-93-165²¹ relativa igualmente a los menores abandonados²².

17. El tener un marco legal que articule toda la regulación de la *Kafala*, desde las condiciones para su pronunciamiento hasta los efectos de aquel y los motivos de su cese, genera una importante seguridad jurídica y nos permite conocer con más precisión a ésta interesante institución. Pero conviene resaltar que esta norma sólo se refiere a la *Kafala* respecto de menores abandonados y en la práctica, existe otro tipo de *Kafala* que puede ser otorgada respecto de menores que no tienen la condición de abandonados, según lo establecido en esta Ley. Existen por tanto, diferentes tipos de *Kafala* que requerirán como se tratará de demostrar, de diferente tratamiento a los efectos de su posible reconocimiento en España.

1. Los efectos relativos a la constitución de la *Kafala*

18. La primera cuestión que conviene dilucidar, al margen de la diferente tipología, es la relativa a los efectos de la constitución de la *Kafala* de un menor o dicho de otra forma en qué consiste esta medida de protección. El art. 2 de la Ley n^o 15-01 describe con precisión lo que debe entenderse por *Kafala* a los efectos de tal ley: “el compromiso de asumir la protección, la educación y la manutención de un menor abandonado de la misma manera que lo haría un padre por su hijo”.

19. En concordancia con ello, la ley establece los efectos que se derivan de la resolución relativa al otorgamiento de la *Kafala* y el art. 22 dispone que “la persona que asume la *Kafala* o el establecimiento, organismo, asociación u organización implicados será la responsable de la ejecución de las obligaciones relativas a la manutención, a la guarda y a la protección del menor acogido y velará porque sea educado en un ambiente sano, en el que se satisfagan sus necesidades esenciales hasta que alcance la mayoría de edad legal, de conformidad con las disposiciones previstas por el Código de Estatuto Personal relativas a la guardia y manutención de los menores”.

20. La mayoría de edad empieza con los 18 años (art. 209 del Código de Estatuto Personal), pero este precepto hace una precisión especial relativa a los casos en que el *makful* sea una niña, pues enton-

²⁰ Promulgada mediante el *Dahir* n^o 1-02-172 de 13 junio 2002, está publicada en el *Boletín Oficial* n^o 5031, de 19 agosto 2002, en lengua árabe y en el *Boletín Oficial* n^o 5036, de 15 septiembre 2002, en lengua francesa.

²¹ Ley de 10 septiembre 1993. Vid. Disposición final de la Ley actual (art. 32).

²² Vid. un acercamiento a la *Kafala* en K. QUALD ALI y T. SAGHIR, “Acercamiento a la adopción en los países del Magreb”, en G. ESTEBAN DE LA ROSA, *Regulación de la Adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Aranzadi, 2007 p. 84 y ss.

ces su manutención deberá prolongarse hasta su matrimonio, de conformidad con las disposiciones del Código de Estatuto Personal relativas a la manutención de la niña. Estas disposiciones de nuevo, resultan extrañas pues en el caso de matrimonio la obligación recaerá sobre el marido tal y como dispone el art. 194 desde la consumación del matrimonio y cuando la mujer proponga al marido la consumación tras la celebración del mismo²³. Por tanto, la obligación puede prolongarse más allá de los 18 años y cesará cuando recaiga sobre el marido y en el caso en que no disponga de recursos propios (art. 198).

Obsérvese que esta diferencia de trato dependiendo de las circunstancias del caso concreto, revela una mayor protección respecto de las niñas que en esta cuestión son asimiladas a hijas, pues en el caso del varón no se prevé la continuación del deber de manutención más allá de los 18 años y ello puede interferir en la continuación de sus estudios, lo que no ocurrirá en el caso de que la niña no haya contraído matrimonio.

21. Ahora bien, si el menor con independencia del sexo, dispone de medios para su manutención entonces no habrá lugar a ella por parte del *Kafil*. El art. 187 del Código establece el principio general de que los alimentos de cada persona se obtendrán de sus propios recursos, salvo excepciones previstas por la Ley.

22. Cabe observar en este punto, una importante diferencia relativa a la obligación de alimentos del padre respecto del hijo varón. En el caso de hijos con filiación legítima, el padre deberá ocuparse del sustento de estos hasta su mayoría de edad o hasta la edad de veinticinco, cuando prosigan sus estudios, cosa que como se ha visto, no ocurre con los varones *makful*²⁴.

23. En los supuestos en que el menor acogido sea minusválido o incapaz de asegurar sus necesidades, la ley remite de nuevo a las disposiciones del Código relativas a la manutención de los menores incapaces de satisfacer sus necesidades y al igual que ocurría con las niñas se prevé una cierta equiparación con los hijos legítimos, pues tal remisión se entenderá hecha al art. 198 del Código, que establece que el padre deberá continuar garantizando el sustento de sus hijos discapacitados o incapaces de mantenerse por sí mismos y por tanto, después de alcanzar la mayoría de edad.

24. Como consecuencia de estas previsiones, el art. 25 de la Ley establece que la *Kafala* cesará cuando el menor acogido alcance la mayoría de edad legal, si bien estas disposiciones no se aplicarán a la chica no casada²⁵, ni al menor minusválido o incapaz de satisfacer sus necesidades.

25. En un segundo orden de efectos, la persona que asume la *Kafala* se beneficiará de las indemnizaciones y los subsidios sociales concedidos por parte del Estado a los padres por sus hijos, los establecimientos públicos o privados o las colectividades locales o sus agrupaciones. De nuevo se observa una equiparación a los “hijos” pues el *Kafil* se beneficiará de las indemnizaciones y subsidios que están previstas para los padres por sus hijos.

Ahora bien, conviene detenerse en la redacción dada a este efecto de la *Kafala*, pues podría parecer que los beneficios se refieren tanto a lo que pueda corresponderle al padre por el hijo extensivo al *kafil* por el *makful*, como a lo que pudiera corresponder al hijo por el padre extensivo al *makful* por el *kafil*. Esta interpretación supone plasmar en la norma marroquí nuestra propia concepción de igualdad sobre el particular. Como puede observarse, el precepto es claro y no prevé esta segunda posibilidad.

²³ Como señala J. OUHIDA, “Efectos de la *Kafala*”, AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid 2009 p. 61: “La reclamación judicial de manutención presentada por la esposa contra el esposo tras la celebración del matrimonio se considera como una proposición de consumación, y por tanto obliga a la manutención, a partir de la fecha de dicha reclamación”.

²⁴ Algunos autores consideran que debería ampliarse el campo de aplicación del art. 198 al objeto de incluir al menor acogido en *Kafala*. Vid. A. QARMOUCH, “La *Kafala* de los menores abandonados”, p. 180 (en árabe) y ref. en J. OUHIDA, “Los efectos de la *Kafala*”, en AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009, p. 62.

²⁵ La traducción al español de la Ley marroquí en AA.VV., *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de Derecho Privado marroquí*, vol II, Madrid, 2009, pp. 189-198 y Anexo, AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009, pp. 88-97, utiliza el término “hija” y la versión francesa “fille”, parece más adecuada la traducción del termino por “chica” o “muchacha”.

26. El tercer orden de efectos esta relacionado con las responsabilidades del *kafil*. Tal y como dispone el último apartado del art. 22, la persona que asume la *Kafala* será civilmente responsable de los actos del menor acogido. Las reglas previstas en el art. 85 del Código de Obligaciones y Contratos será de aplicación a esta responsabilidad.

27. La *Kafala* puede dar lugar a un cuarto orden de efectos si así lo desea el *kafil*. Como ya se ha señalado, la *Kafala* no da derecho a la filiación y tampoco da derecho a la sucesión, pero la Ley relativa a la *Kafala* de menores abandonados, permite el que la persona que asume la *Kafala*, pueda beneficiar al menor acogido con una donación, legado, Tanzil. En este caso el Juez Tutelar de la circunscripción del lugar de residencia del menor, velará porque se elabore el contrato necesario para ello y por la protección de los derechos del menor, tal y como dispone el art. 23.

28. Por último, la constitución de la *Kafala* en un quinto orden de efectos, limita la libertad del *kafil* para establecerse en el extranjero de manera permanente con el *makful*.

En estos casos para que pueda abandonar el territorio de Marruecos requerirá, como ya se ha señalado más adelante, de una autorización del Juez Tutelar que tendrá en cuenta el interés de las partes. En el supuesto en que se obtenga tal autorización, se remitirá una copia a los servicios consulares marroquíes del lugar de residencia del *kafil*, con el fin de seguir la situación del menor y de controlar la ejecución por esta persona de las obligaciones previstas en el art. 22 a las que se ha aludido como el primer orden de efectos. El cónsul remitirá al juez los informes sobre la situación del menor y podrá sugerirle todas las medidas que estime necesarias, incluida la anulación de la *Kafala* (art. 24).

2. Condiciones necesarias para el otorgamiento de la *Kafala*

29. Una vez delimitados los efectos que genera la resolución relativa al otorgamiento de la *Kafala*, resulta conveniente detenerse en las condiciones que han de concurrir para que aquella resolución sea emitida. Por lo que se refiere al menor, es necesario que haya sido declarado en abandono y por lo que se refiere a las personas que asumen la *Kafala*, se establece una serie de condiciones que producen de manera directa, la selección del *Kafil* conforme al espíritu que anima la misma Ley.

30. Para que el menor sea considerado en abandonado (art. 1) se requiere que no haya cumplido los 18 años gregorianos cuando se encuentre en las siguientes situaciones:

- haber nacido de padres desconocidos o de padre desconocido y madre conocida que le hubiera abandonado voluntariamente
- ser huérfano o hijo de padres incapaces de sobrevenir a sus necesidades o que no dispongan de los medios legales de subsistencia
- ser hijo de padres de mala conducta y que no asuman sus responsabilidades de protección y de orientación con el fin de conducirlos por el buen camino, como aquellos desprovistos de la tutela legal o cuando uno de los dos, tras el fallecimiento o la incapacidad del otro se muestre descarriado y no cumpla el deber mencionado respecto del menor.

31. Como puede observarse, la *Kafala* no se aplica a una única categoría de niños: los *makful* pueden ser niños huérfanos, abandonados con filiación desconocida o pueden ser niños considerados abandonados de filiación conocida cuyos padres son incapaces de atender a sus necesidades o no disponen de medios legales de subsistencia. Esta amplia tipología de niños respecto de los cuales puede constituirse una *Kafala*, tiene un punto en común y es que en todo caso se considera que están abandonados.

32. Es evidente que el abandono no se entiende sólo referido a las atenciones materiales, si bien serán los supuestos más frecuentes de *Kafala*. Resulta interesante observar como se ha producido una evolución en la consideración de abandono de los huérfanos. Con la anterior ley se exigía que el niño fuera huérfano y no dispusiese de medios legítimos de subsistencia (art. 1), ahora sólo se indica que sea huérfano pero quizás deba entenderse que además ha de estar en situación de abandono porque pudiera ocurrir que el niño quede huérfano pero no esté abandonado porque la guardia y custodia la ejerza la abuela materna (art. 171 del Código) y la representación legal, el tutor dativo designado por el juez (art. 231 del Código).

33. Dada la variedad de supuestos a los que da cobertura la *Kafala*, conviene tener presente que la declaración de abandono implicará en algunos casos, la pérdida de la tutela paternal y el Ministerio Fiscal puede intervenir. Ahora bien, la privación de la tutela puede no ser permanente y los padres del menor o uno de los dos podrán, tras el cese de los motivos de abandono, recuperar la tutela por resolución judicial (art. 29). Cabe concluir por tanto, que la *Kafala* puede no ser permanente.

34. Para tratar de garantizar que los compromisos asumidos por el *Kafil* se cumplan, y teniendo en cuenta que éstos se centran en *tres obligaciones principales*: protección, manutención y educación adecuada en un ambiente sano, el legislador establece unas condiciones que deberán cumplir sin excepción, la persona u organismos a los que se les confíe la *Kafala* del menor abandonado (art. 9).

35. Por lo que se refiere a la obligación de manutención, en todo caso se exige la disposición de medios materiales suficientes para sobrevenir a sus necesidades. En cuanto a la protección y cuidado del niño, se establece que la persona o personas que asumen la *Kafala* deben ser moral y socialmente aptas, no deben de haber sido condenados por infracciones contra la moral o cometidas en contra de los niños, no deben padecer enfermedades contagiosas o que les incapaciten para asumir su responsabilidad y no deben estar enfrentados al menor o a sus padres por un contencioso sometido a la justicia o algún asunto familiar que entrañe algún riesgo para el interés del menor.

36. En los supuestos en que la *Kafala* sea asumida por un establecimiento público o una organización o asociación de carácter social reconocido como de utilidad pública, se exige de igual manera que dispongan de medios materiales, de los recursos y de las competencias humanas aptas para asegurar la protección, darles una buena educación y educarlos de conformidad con el Islam.

Esta última condición no es recogida de manera expresa para el supuesto en que el *Kafil* sea una persona física, pero se infiere directamente del hecho de aquellos que pueden asumir el cuidado del menor, esto es, cónyuges o mujer, deben ser siempre musulmanes y es de suyo que tienen el deber de educar al niño en la religión del Islam. Consecuencia directa de esta exigencia es que los propios marroquíes de confesión judía no pueden constituir una *Kafala*²⁶.

Es evidente que la condición religiosa esta íntimamente unida a la finalidad de la *Kafala* que va, como se puede apreciar y ya se ha señalado, más allá del mero cuidado material y que trata de procurar el cuidado espiritual del menor. La preocupación por la educación religiosa de los niños sean o no abandonados, lleva a que sea su representante legal, tal y como dispone el art. 235 del Código, el que velará por su educación religiosa y formación.

37. Obsérvese que, en principio, no puede ser *kafil* el hombre musulmán, sólo los cónyuges musulmanes o la mujer musulmana. Parece ser que este precepto responde a la herencia cultural y a cierta concepción negativa de las cualidades del hombre para el desarrollo de estas obligaciones²⁷. No obstante, el varón de manera indirecta y en solitario puede asumir la *Kafala* cuando esta cesa por fallecimiento de su mujer (art. 25) o en los supuestos en que se rompen los lazos matrimoniales de los cónyuges responsables de la *Kafala* y el Juez de Tutelas ordenara mantenerla, confiándola al hombre (art. 26)

38. Una de las peculiaridades que presenta la *Kafala* marroquí es que, entre las condiciones que debe cumplir aquellos a los que se les confía la *Kafala*, no está el de ser nacionales marroquíes por lo que se acepta la *Kafala* internacional siempre que los que la asuman cumplan con los requisitos expuestos y sin que se pueda soslayar el de la pertenencia a la religión islámica. En el caso en que el extranjero no sea musulmán, deberá de abrazar el Islam y aportar un acta de conversión otorgada ante

²⁶ A ellos les es de aplicación el estatuto personal hebraico marroquí: vid. art. 2 del Código de Estatuto Personal marroquí.

²⁷ H. ZEKRI, "La *Kafala* en el Derecho marroquí", en AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009, pp. 39-40.

dos *Adel* o notarios en presencia de dos testigos y certificada por autoridad judicial.

3. Tipos de *Kafala*

39. En el apartado dedicado a la caracterización general de la *Kafala* se adelantaba el que ésta puede presentar diferentes modalidades que conviene diferenciar. La esencia de la institución en ambos casos no varía pues se trata de proteger a un menor, pero la *Kafala* constituida respecto de un menor abandonado requiere de una declaración judicial previa de abandono y de un procedimiento que termina con la resolución dictada por el juez de Tutelas contra la cual cabrá recurso de apelación²⁸.

40. La segunda modalidad de la *Kafala* no requiere la intervención del juez y se constituye no respecto de un menor abandonado, pues no existe declaración de abandono ni sentencia que lo declare y el menor tiene filiación conocida. En estos supuestos son los propios padres los que entregan a su hijo al *Kafil* y lo hacen de una manera privada, mediante un acta adular por ello es conocida como *Kafala* notarial

41. Las obligaciones que le corresponden al *Kafil* coinciden sustancialmente con las que corresponden al *kafil* que constituye una *Kafala* judicial, en concreto, ocuparse de sus asuntos de vida, a saber su alimentación, vestimenta, enseñanza, medicación, de su introducción dentro de su pasaporte para viajar dentro y fuera del territorio nacional, en caso de necesidad, y de realizar todos los trámites administrativos que necesite, en los diferentes servicios interesados, en los Tribunales de diferentes grados y de tratar al menor como se trataría a uno de sus hijos²⁹.

Ahora bien, esta *Kafala* notarial no se somete a los controles y prevenciones que la Ley establece para los menores abandonados, lo que puede llegar a ser perjudicial para los propios niños que en ocasiones, serán objeto de maltrato sin el conocimiento de sus propios progenitores. Este tipo de *Kafala* suele producirse dentro del entorno familiar del menor, de manera que el niño es encomendado a algún familiar, pero también puede constituirse respecto de personas ajenas a ese círculo de parentesco.

En la práctica, pueden plantearse supuestos de *Kafala* que no se reflejen si quiera en un acta adular. Cuando ésta se constituye, con frecuencia, es porque el menor va a viajar con el *Kafil* a otro país y en este contexto migratorio³⁰ se requiere al menos de esa formalidad, no estableciéndose vías de control de la medida de protección del menor, con posterioridad.

42. La *Kafala* y más en concreto la *Kafala* notarial, tiene una cara oculta que no es demasiado conocida en nuestro país, es el fenómeno conocido como el de “*les petites bonnes*”³¹. Niños y especialmente niñas procedentes de zonas rurales de Marruecos son entregadas por sus padres en *Kafala* y son llevadas a las ciudades (con el fenómeno migratorio también a Europa) para trabajar como empleadas domésticas. Se trata de un “acuerdo privado” con la familia biológica que recibe una compensación financiera periódicamente o bien en el momento de la entrega del menor. El niño o la niña se instala en casa del *Kafil*, no tiene relaciones con sus padres que siguen teniendo la autoridad parental y son víctimas de explotación y en ocasiones de maltrato³². Se trata sin duda, como señala E. BARRAUD, de una forma de esclavitud moderna³³.

²⁸ Vid. el procedimiento en arts. 14 a 18 de la Ley.

²⁹ Esta clasificación es la que se recoge en el acta adular de *Kafala* de una menor no abandonada trascrita en Anexo en AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009, p. 119.

³⁰ Vid., en general, sobre los problemas de la emigración a Europa, A. BENSAD, “Le Maghreb face à ses immigrants”, en Zaama... *Modes d’émigration et Mondes de l’immigration*, 2005, pp.7-21, y, por lo que se refiere a la *Kafala* y al Derecho de Extranjería, M^a A. LÓPEZ AZCONA, “La institución de la *Kafala* y el Derecho de extranjería: breve noticia de algunas resoluciones judiciales”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n^o 11, 2006, pp. 223-227.

³¹ M. LAHLOU, “Le travail des enfants au Maroc; le phénomène des ‘petites bonnes’”, en AA.VV., *Femmes et état de droit*, colloque n^o 1 19/20, avril 2002, Rabat, pp. 161-195.

³² Produciéndose también supuestos de explotación sexual, vid. ref. a ello en Rapport de misión, “*L’exploitation sexuelle ds enfants à des fins commerciales*”, Conseil économique et social, Nations Unies, p. 37.

³³ E. BARRAUD, “Les multiples usages sociaux de la *Kafala* en situation de migration: protection et non protection des mineurs recueillis”, *e-migrinter*, n^o 2, 2008, pp. 133 a 132, en especial p. 138.

43. Las autoridades marroquíes alertadas por las malas prácticas que puede entrañar la *Kafala* notarial y que puede llevar a que lo menores se vean expuestos al abandono, emitió una Circular con fecha de 7 de febrero de 1996³⁴. En ella se insta a los Adules a que procedan a investigar por medio de la Fiscalía General, si la persona que desea asumir la *Kafala* es apta para ello y si reúne los requisitos establecidos por la Ley reguladora de los menores abandonados. Hasta que la Fiscalía General no haya efectuado las indagaciones oportunas, aquellos no deberán inscribir testimonio de *Kafala* de los menores.

Es curioso que el motivo inmediato que llevó a la emisión de tal Circular, no estuvo relacionado con las prácticas siniestras a las que en ocasiones, da lugar la *Kafala* notarial. Fue la constatación de que se producían supuestos en los que el menor era acogido por marroquíes residentes en el extranjero, que posteriormente lo abandonaban o eran negligentes en su obligación de mantenimiento y educación. Esta situación llevaba a los jueces del país de residencia del niño a dictar el internamiento de aquellos en centros de atención o de acogida.

44. Uno de los retos a los que se enfrenta la justicia marroquí en este tema es precisamente, el de lograr el seguimiento de la ejecución de la *Kafala*. Los cauces legislativos respecto de la *Kafala* judicial están claramente trazados en la Ley y los cauces de control para la constitución de la *Kafala* notarial también, a través de la mencionada Circular, sin embargo ésta no cuenta con vías para el seguimiento y aquella se encuentra con serias dificultades que van desde la carencia de recursos materiales, hasta la imposibilidad de realizar las averiguaciones necesarias, cuando el *Kafil* se instala en el extranjero con el niño.

Sirva de ejemplo la Carta n^o 879 de 8 de junio de 2005 del Delegado regional de Asuntos Islámicos en la Región de Marrakech, que respecto de la tarea de determinar si las personas que desean asumir la *Kafala* reúnen las condiciones ya analizadas y siendo los solicitantes dos españoles con residencia en Barcelona declara que “en cuanto a los requisitos materiales, sociales y morales de quienes asumen la *Kafala*, no hay posibilidad de conocerlos, ni para el caso de que sean marroquíes ni para el de que sean extranjeros. Por lo tanto proclamamos la necesidad de que las instancias competentes dentro del territorio nacional y fuera de él lleven a cabo las averiguaciones necesarias sobre el entorno, moral y social en el que el menor va a ser acogido”³⁵.

IV. Situaciones relativas a *Kafala* que requieren la atención del Derecho Internacional Privado

45. Son muchas las situaciones que teniendo como núcleo esta forma de protección del menor, requieren de una especial atención desde la perspectiva internacional privatista. Son al menos dos los factores que han conducido a que la *Kafala* de lugar a situaciones que centren la atención de diferentes resoluciones judiciales y administrativas, así como de numerosos trabajos científicos.

46. Cabe apuntar, en primer lugar, al fenómeno migratorio que trae nuevas realidades a Europa y a España y que en lo que aquí interesa, genera un primer bloque de situaciones: la residencia en España de nacionales de países islámicos que conforme a su ley personal y ante las correspondientes autoridades competentes, constituyeron una *Kafala* respecto de un menor con-nacional.

47. El segundo factor tiene que ver con las dificultades que en ocasiones existen para acoger y más en concreto para adoptar a un niño. El segundo bloque de situaciones no es ajeno a ello: La constitución de *Kafalas* en concreto en Marruecos respecto de menores marroquíes por parte de nacionales españoles³⁶. Cabe preguntarse por qué han aumentado tanto estos supuestos, cuando hay niños por acoger en España o cuando tenemos un marco legal suficientemente bien confeccionado, como para que la adopción internacional pueda desarrollarse dentro de la legalidad y sin, debería esperarse y exigirse, demasiadas complicaciones.

³⁴ Vid. texto de la Circular en AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009, pp. 101 y 102.

³⁵ Vid. texto de la Carta en Anexo de AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009, p. 103.

³⁶ En algunos casos son naturalizados, siendo su nacionalidad de origen la marroquí.

48. Es probable que la facilidad en la constitución de las *Kafalas*, el menor tiempo de espera para tener al niño, el menor coste de la tramitación y los controles menos exhaustivos (ya se ha señalado las dificultades al respecto) no sean cuestiones ajenas a esa decisión³⁷. Dejando las posibles motivaciones a un lado y centrándonos en las situaciones que reclaman nuestra atención, debe señalarse las cuestiones a las que pueden dar lugar las situaciones descritas y que son de diferente naturaleza.

49. Valga citar, como ejemplos, cuestiones relacionados con el Derecho de extranjería, como las relativas a la tramitación de la entrada en España de menores, respecto de los cuales se ha constituido una *Kafala*, o desde otras perspectivas, la posibilidad o no, de conversión de la *Kafala* en adopción y en un estadio posterior la posibilidad o no, de constitución *ex novo* de una adopción respecto de un niño marroquí traído en *Kafala* a España.

50. Cabe apuntar, a su vez, otras muchas cuestiones, algunas que quizás pudieran plantearse como es la solicitud de constitución de *Kafala* de menor marroquí, ante autoridad española respecto de marroquíes, o ante notario siendo solicitada por tanto la constitución de una *Kafala* notarial y otras que ya lo han hecho, como es la problemática relacionada con la posible expedición de certificados de idoneidad para constituir *Kafalas* en Marruecos por autoridades españolas o el abandono de niños marroquíes en territorio español traídos aquí por *Kafil* marroquí.

La mayoría de estas cuestiones y otras que se pueden igualmente plantear, pivotan sobre un mismo núcleo: el reconocimiento de efectos a una institución extranjera, desconocida para nuestro ordenamiento y que pone al descubierto lo que no es sino una discontinuidad de los Derechos materiales en presencia.

V. Reconocimiento en España de resoluciones extranjeras de *Kafala* constituidas en el extranjero.

51. Una vez realizada la caracterización general de la *Kafala* y delimitadas las situaciones que requieren la atención del Derecho Internacional Privado, conviene detenerse aún brevemente, en el marco procesal del reconocimiento en España de resoluciones extranjeras de *Kafala* constituidas en el extranjero.

52. El acto de constitución de la *Kafala* es un acto de jurisdicción voluntaria y surtirá efectos jurídicos en España a través del reconocimiento³⁸, sin que sea ni necesario ni adecuado acudir a la vía del exequátur³⁹. La resolución extranjera de *Kafala* deberá pasar por consiguiente, un “reconocimiento incidental”, que comporta siempre un control de regularidad de los requisitos procesales de tal resolución. El control lo realizará la autoridad ante la cual se desee hacer valer los efectos de tal acto y los extremos objeto de aquel serán, en su mayoría, de carácter formal⁴⁰.

53. Se controlará la autenticidad del documento. Se exige para ello legalización de aquel (art. 323.2º LEC) o apostilla, así como traducción al idioma oficial español (art. 144 LEC), al igual que la observancia de la forma prevista en el país en el que se haya otorgado el documento y que acredita el carácter “público” de la autoridad que interviene en el acto (art. 323.1º LEC).

54. Se comprobará así mismo, que se ha producido la intervención de una autoridad “pública” en la constitución de la *Kafala* que haya operado con funciones “constitutivas” y no meramente fedatarias. Se controlará además, la competencia de la autoridad extranjera que constituyó la *Kafala* y el respeto, en su caso, de los derechos de defensa.

³⁷ Este fenómeno ha aumentado tanto que ya hay asociaciones que tratan de facilitar la constitución de *Kafalas* por parte de españoles en Marruecos.

³⁸ Vid. M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil internacional. Litigación internacional*, Pamplona, 2007 p. 713.

³⁹ Vid., en este mismo sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª) de 16 enero 2007.

⁴⁰ Vid., sobre este particular y las exigencias concretas del reconocimiento, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10ª ed., Granada, 2009, en concreto p. 270.

55. El último extremo a comprobar es el que quizás, pudiera plantear más problemas a la hora de efectuar el reconocimiento incidental. Se trata del ajuste de los efectos constitutivos de la *Kafala* extranjera al orden público internacional español. Debe recordarse al respecto, que el marco bilateral que ofrece el Convenio entre el Reino de España y el de Marruecos relativo a la cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, hecho el 30 mayo 1997 en Madrid⁴¹, se ve frecuentemente bloqueado por esta misma causa. Este Convenio establece, en sus arts. 23 y 30, la condición de que la resolución de que se trate no contenga disposiciones contrarias al orden público del Estado en que se solicita la ejecución.

Sin embargo, la *Kafala*, en la caracterización estudiada y desde una perspectiva global de la institución (como se ha tenido ocasión de comprobar), no presenta un desajuste con el orden público español, a salvo de las circunstancias que pudieran concurrir en el supuesto concreto, cosa que si podría ocurrir respecto de la adopción y el orden público internacional marroquí. Se trata de una institución de protección del menor, extraña a nuestro ordenamiento, pero no por ello contraria a nuestros principios esenciales. Obsérvese la diferencia que existe entre esta institución y otra típica del Derecho islámico, también extraña a nuestro ordenamiento, como es el matrimonio polígamo. Las dos son, desde una perspectiva general, instituciones desconocidas, pero sólo la segunda no superará el control, precisamente por su contrariedad al orden público internacional español: vulnera el principio de igualdad y se considera contraria a la dignidad de la mujer

La existencia de la *Kafala* es consagrada por lo demás, y como ya se ha indicado anteriormente, en el Convenio sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. Además, conviene retener el hecho de que el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, ya establece un sistema de reconocimiento de ésta figura que como medida “indiscutible” de protección del niño, entra en el ámbito de aplicación del Convenio⁴².

Cabe concluir de todo ello en términos generales que, superados los controles formales que exige el reconocimiento incidental, el orden público internacional español no vendrá a entorpecer aquel, salvo en supuestos concretos. La resolución extranjera de *Kafala* habrá entonces, penetrado en nuestro orden jurídico español y se habrá logrado así, establecer el marco legal para la correspondiente producción de efectos.

56. Se logra además, poner fin a una de las preocupaciones de la propia Justicia marroquí. En concreto, a la referida a las consecuencias que podrían derivarse de un eventual no reconocimiento de la *Kafala*, en el país de recepción del *makful* y del *kafil*. Esta cuestión fue objeto de una Circular del Ministerio de Justicia de 1 de junio de 2003 sobre la autorización de viaje al menor acogido en *Kafala*, al objeto de fijar su residencia fuera del territorio nacional: “Para evitar las situaciones que puede generar el que la *Kafala* no sea reconocida en el país en que va a residir el *makful* y evitar el que Tribunales extranjeros abran procedimientos judiciales contra el *kafil* retirándole el cuidado del menor con base en que las personas que han asumido la *Kafala* no respetan las disposiciones legales que regulan la adopción en el país de acogida, disponen que será necesario antes de otorgar la mencionada autorización para abandonar Marruecos, asegurarse de la existencia de un convenio judicial que autorice el régimen de la *Kafala*, o bien que el que asume la *Kafala* aporte una certificación expedida por las autoridades de dicho país que confirme la legalidad de la situación jurídica que va a adquirir el menor acogido en *Kafala* a consecuencia del desplazamiento⁴³”.

VI. Efectos jurídicos en España de resoluciones extranjeras de *Kafala* constituidas en el extranjero.

57. Las dificultades que presenta este tema no se encuentran en realidad, en el mecanismo procesal del reconocimiento, sino en la determinación de los efectos jurídicos de la resolución que será reconocida⁴⁴. En el corazón de esta problemática, late la discontinuidad de los Derechos materiales en

⁴¹ *Boletín Oficial del Estado* n° 151, 25 junio 1997.

⁴² Vid. Informe explicativo de PAUL LAGARDE del Convenio de La Haya de 19 octubre 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, en especial p. 17.

⁴³ *Boletín* n° 50 S 2, de 1 junio 2003. Vid. traducción en Anexo de AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009, p. 100.

⁴⁴ Es de destacar el renacimiento que ha experimentado el método general del reconocimiento y al que ha contribuido en especial estudios como el de P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans

presencia y la necesidad de lograr una coordinación adecuada y más en concreto, la necesidad de garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas en las situaciones transfronterizas.

Para ello, es necesario recurrir a los mecanismos propios de la disciplina, con el objeto de articular los cauces que sirvan a la finalidad trazada. En primer lugar se recurrirá a la técnica de la sustitución y a la condición principal de esta: el principio de equivalencia.

1. Técnica de la sustitución y posible asimilación

58. Una vez que la resolución extranjera de *Kafala* se ha reconocido, el niño *Kafalado* va poder beneficiarse de los efectos que aquella está llamada a desplegar. El reconocimiento en España de resoluciones extranjeras de *Kafala* obliga por tanto, a plantear la cuestión de cuales serán los efectos que producirá tales decisiones en nuestro país. Para su determinación parece oportuno examinar en primer lugar si puede operar una asimilación con alguna institución española.

59. La pregunta que cabe formular en este momento, es si cabe la sustitución de la *Kafala* por alguna institución conocida por nuestro ordenamiento, que tenga como finalidad la protección de los menores. Bien entendido que la contestación está mediatizada por el resultado de lo que podríamos llamar test de equivalencia y para cuya realización es fundamental el acercamiento al Derecho marroquí. Ya no puede decirse que éste sea desconocido y menos a la luz de la regulación legislativa dedicada a este tema, que ha sido expuesta en epígrafes anteriores.

La formulación de la cuestión es, en definitiva, si existe una institución equivalente a la *Kafala* en Derecho español; pues, de ser así, podría operar la sustitución y una vez efectuada, los efectos serán los establecidos en el Derecho español para tal figura. Pues bien, tres parecen ser las candidatas idóneas: la adopción, el acogimiento y la tutela. Sin embargo, como se va a tener ocasión de exponer, ninguna de ellas reúne las características necesarias para operar sin más, la sustitución.

A) La adopción

60. Si atendemos a las funciones que desempeña la *Kafala* judicial que no sólo comprende el cuidado material: deber de manutención, vestido, educación... y espiritual del menor sino también su protección y cuando así se haya establecido en la resolución de la *Kafala* judicial, la tutela dativa y su representación legal, se puede observar la clara cercanía que este complejo entramado de funciones presenta respecto de la adopción y que resulta todavía más nítida, al ponerlas en relación con la forma en que han de ser ejercidas: *de la misma manera que lo haría un padre por su hijo* (artículo 2 de la Ley marroquí).

61. La cercanía funcional de la *Kafala* respecto de la adopción no ha pasado desapercibida en los foros internacionales. Valga, como ejemplo, la reseña relativa al Convenio de La Haya de 1996 sobre la protección internacional de los niños⁴⁵ ya varias veces mencionado, que al referirse a la *Kafala* en el marco de la colocación transfronteriza de aquellos, la caracteriza como una institución del Derecho Islámico *equivalente funcional de la adopción*, pero que se encuentra fuera del ámbito del Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación internacional en materia de adopción internacional⁴⁶.

62. Sin duda, de las tres posibles candidatas que pudieran ser aptas para operar la sustitución, la más

une Europe en voie d'unification: quelques conjectures", *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243 y P. MAYER, "Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé" en AA.VV., *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, pp. 548-573. Por lo que se refiere a nuestra doctrina, vid. El desarrollo de éste método en A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional (actos públicos, y hechos o actos jurídicos en el Derecho internacional privado)*, Barcelona, 2007.

⁴⁵ En concreto pp. 2 y 3. El texto se puede consultar en la página Web de la Conferencia http://www.hcch.net/index_en.php?act=home.splash

⁴⁶ *Boletín Oficial del Estado* n° 182, de 1 agosto 1995.

idónea sería la adopción, si no fuera por aquello que la excluye de manera definitiva del Convenio de 1993: no establece vínculos de filiación, siendo ésta una de las características de origen de la *Kafala* sea cual sea el Derecho regulador de la misma. Debe recordarse además, que no genera derecho a la sucesión.

63. Cabe concluir, por tanto, que es una realidad formal e incontrovertible tal y como señala A. RODRÍGUEZ BENOT que la *Kafala* no puede asimilarse a la adopción, pues ésta institución tiene por objetivo crear un vínculo de filiación y atribuir por consiguiente, al adoptado un concreto estado civil: el *status filli*. Pero también es una realidad que el diseño de las funciones de la *Kafala* se acerca al resto de funciones que desempeña la adopción (y que no son sino las que vienen a dar contenido a las mismas relaciones paterno-filiales una vez creado el vínculo de filiación⁴⁷) y que la meta perseguida por ambas figuras es la misma: la protección del menor. Se observa una clara identidad en el principio superior que preside la *Kafala* y la adopción.

64. La Doctrina de la DGRN pone de relieve, en sus diferentes Resoluciones, las diferencias fundamentales que alejan a la *Kafala* de la institución de la adopción e insiste en que aquella no produce modificación en el orden sucesorio en la herencia causada por cualquiera de los miembros de la nueva familia, ni nacimiento de vínculo de parentesco alguno, ni en consecuencia impedimento para el matrimonio⁴⁸.

De todo ello cabe concluir que esta medida jamás recibirá el reconocimiento en España como adopción y por tanto, no entrará dentro del sistema creado por la Ley 54/2007 de 28 de diciembre⁴⁹, para el reconocimiento en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales (arts. 25 a 27)⁵⁰.

65. Por las razones señaladas, la técnica de la sustitución no puede resolver la discontinuidad de los Derechos materiales en presencia y tampoco lo puede hacer por la vía de la sustitución por razones de equivalencia, que abre la Ley de adopción internacional en su art. 30, apartado 4°.

Este precepto permite, en determinadas condiciones, la transformación de la adopción simple o menos plena en adopción regulada por Derecho español y por ende, en adopción plena. Para ello deben concurrir entre otros, un requisito fundamental que es el consentimiento sobre la extinción de los vínculos de filiación entre el niño y la familia de origen. Según el art. 3° 4 de la Ley de adopción internacional, “[l]as adopciones simples o menos plenas constituidas por autoridad extranjera competente podrán ser transformadas en la adopción regulada por el Derecho español cuando se den los requisitos previstos para ello. La conversión se registrará por la ley determinada con arreglo a las disposiciones de esta Ley. La adopción simple o menos plena será considerada como un acogimiento familiar”⁵¹. Pues bien, la transformación de la institución es posible

⁴⁷ Obsérvese la similitud de los deberes y facultades que entraña la patria potestad con los que entraña la *Kafala* art. 154 CC 1° Velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una formación integral 2° Representarlos y administrar sus bienes.

⁴⁸ Vid. Resolución de 14 mayo 1992, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1642, p. 4420, y, en la misma línea, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 octubre 1993 (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1691, pp. 5652 ss.), de 13 octubre 1995 (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1766, pp. 145 ss.) y de 1 febrero 1996 (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1773, pp. 2154 ss.) y, en especial, Resolución-Circular de 15 julio 2006 sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales, *Boletín Oficial del Estado* nº 207, de 30 agosto 2006.

⁴⁹ *Boletín Oficial del Estado* nº 312, de 29 diciembre 2007.

⁵⁰ Respecto de la imposibilidad de equiparación vid., en especial, A. RODRÍGUEZ BENOT, “Adopción y *Kafala*: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales”, en *Derecho internacional y Relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1999, pp. 195 ss. y “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (Un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la *Kafala*)”, *Revista General del Derecho*, nº 667 (abril de 2000), pp. 4419 ss.

⁵¹ Para instar el correspondiente expediente judicial no será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública competente.

En todo caso, para la conversión de una adopción simple o menos plena en una adopción plena, la autoridad española competente deberá examinar la concurrencia de los siguientes extremos:

a) *Que las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción hayan sido convenientemente asesoradas e informadas sobre las consecuencias de su consentimiento, sobre los efectos de la adopción y, en concreto, sobre la extinción de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen.*

porque en la condiciones señaladas da lugar a una sustitución perfecta entre la adopción plena española y la adopción simple extranjera. Esta lo es, por cuanto el ordenamiento del que se trata no conoce la adopción plena, pero con el requisito del consentimiento pasa el test de equivalencia sin ninguna dificultad⁵².

Esto no ocurre sin embargo, respecto de la *Kafala*, pues, al no dar lugar a vínculos de filiación, no habrá sitio para la sustitución, ni siquiera mediante la “búsqueda de complementos” como ocurre con la adopción simple. Tal y como señala de manera contundente H. GAUDEMET-TALLON respecto de esta figura: *pas d'équivalence, pas de substitution*⁵³.

B) Otras medidas de protección: acogimiento y tutela

66. El acogimiento y la tutela son las otras medidas de protección del menor respecto de las cuales podría producirse la sustitución. Como tales medidas presentan claros puntos de coincidencia con la *Kafala*, pero como se va a ver, no son suficientes para permitir la plena sustitución y abrir por tanto, las puertas a un reconocimiento pleno de la resolución de *Kafala* como acogimiento o en su caso, tutela. De nuevo habrá de realizarse el test de equivalencia y sólo en el caso en que de positivo, será posible la sustitución, por cuanto la equivalencia es la condición esencial de ella.

67. La primera dificultad que surge es saber exactamente a qué concreta institución tenemos que atender para ensayar la equivalencia. Debe retenerse que la *Kafala* tiene un único significado, pero puede revestir varias modalidades como ya se ha sido puesto de manifiesto, con lo que la figura de Derecho español con la que pudiera producirse la sustitución, debería ser lo suficientemente versátil como para que en una comparación funcional pudiera albergar esa diferente tipología.

68. La segunda dificultad (no necesariamente en este orden) como se va a tener ocasión de exponer, se encuentra en las diferencias fundamentales que existen entre el ordenamiento español y los de inspiración islámica y en concreto el marroquí, en relación con el propio Derecho de familia, hasta el punto en que por poner sólo un ejemplo, en aquel no existe una noción parecida a la conocida por nuestro ordenamiento como patria potestad o custodia. Esta apreciación debe tenerse muy presente a la hora de buscar la necesaria equivalencia con instituciones de nuestro Derecho que se orientan precisamente a cumplir esas tareas⁵⁴.

b) *Que tales personas hayan manifestado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento haya sido prestado por escrito.*

c) *Que los consentimientos no se hayan obtenido median te pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no hayan sido revocados.*

d) *Que el consentimiento de la madre, cuando se exija, se haya prestado tras el nacimiento del niño.*

e) *Que, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, éste haya sido convenientemente asesorado e informado sobre los efectos de la adopción y, cuando se exija, de su consentimiento a la misma.*

f) *Que, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, éste haya sido oído.*

g) *Que, cuando haya de recabarse el consentimiento del menor en la adopción, se examine que éste lo manifestó libremente, en la forma y con las formalidades legalmente previstas, y sin que haya mediado precio o compensación de ninguna clase.*

⁵² Vid. una solución análoga de utilización de la técnica de sustitución en el artículo 370-5 del Código Civil francés y la referencia que se hace a este precepto en los trabajos preparatorios de la Resolución del IDI: “La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé”, *Annuaire de l'Institut de droit international Session de Santiago*, vol. 72, 2007, pp. 8 y 13. Esta solución por lo demás, es retenida en el Convenio de adopción de 1993 (art. 26).

⁵³ Lettre de Mme HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON de 5 diciembre 2006 en Observations des membres de la Commission en *Annuaire de l'Institut de droit international Session de Santiago* vol. 72, 2007, p. 48.

⁵⁴ “Las diferencias en la concepción de la patria potestad, custodia (guarda) y derecho de visita entre los ordenamientos marroquí y español son tan significativas que -como ha advertido la doctrina especializada- la utilización de estos términos puede impedir apreciar realmente la diversa función que cumplen estas instituciones en el actual Código de Familia”. G. ESTEBAN DE LA ROSA y K. QALD ALI y T. SAGHIR, “El Derecho de Hadana de la mujer marroquí con respecto a sus hijas e hijos en relación con el Derecho español”, en AAVV., *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Sevilla, 2008, pp. 269-290, en concreto p. 271; F.R. BLANMAILLANT/C. VERBROUCK, “Code sans frontières: la garde des enfants dans le nouveau Code de la famille marocain”, *Revue de droit des étrangers*, 2004, n° 130, pp. 559-573.

69. En el supuesto en que la *Kafala* sea judicial y haya existido una declaración de abandono del menor, las instituciones que deben examinarse, sin perder de vista las apreciaciones que se acaban de formular, son las que integran nuestro sistema público de protección de menores. En el caso del Derecho español esta previsto que la Entidad Pública competente aprecie la situación de desamparo sin necesidad de declaración judicial alguna (art. 172.1 CC)⁵⁵ a diferencia del Derecho marroquí en el que el Tribunal de Tutelas dictará una resolución de declaración de abandono del menor.

A la entidad pública competente se le atribuye la tutela del menor en desamparo y a ella le corresponde decretar las medidas que se hubieren de tomar⁵⁶. El principio que inspira todo el proceso es el de la integración familiar y la Administración deberá promoverla, de manera que la solución que se perseguirá será la reinserción del menor en la propia familia y cuando esto no sea posible, se intentará la adopción.

70. Es importante señalar que la *Kafala* es la medida diseñada para la protección del menor y que da poco margen para estadios intermedios. De hecho, la ley no recoge la posibilidad de reinserción familiar, si bien a través del nombramiento del tutor dativo se procurará la reinserción del niño en la sociedad (art. 235 del Código). Los padres no recuperarán la tutela automáticamente por el cese de los motivos de abandono. La norma sólo indica que podrán recuperarla, pero para ello se requerirá resolución judicial y el Tribunal dará audiencia al menor, cuando haya alcanzado la edad del discernimiento. En el caso en que se negará a volver con sus padres, el Tribunal decidirá (art. 29).

71. En los supuestos en los que no sea posible la reinserción y no resulte conveniente la adopción, entonces se podrá constituir un acogimiento familiar permanente tal y como señala el Código Civil. Este acogimiento tiene la finalidad, como indica M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, de reproducir entre los acogedores y el menor el contenido personal de la patria potestad (art. 173 CC), esto es, la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral⁵⁷.

72. Con ciertas variaciones, estas funciones se ajustan a las propias de la *Kafala* judicial y de la notarial, pero sin duda quedan “muy cortas” en comparación con las que integran la institución de la *Kafala*⁵⁸. La resolución que confía la *Kafala* del menor contendrá su designación como tutor dativo y será el representante legal el que velará por los asuntos personales del tutelado, su educación religiosa y formación, además de promover su reinserción en la sociedad y ocuparse de la administración ordinaria de sus bienes (art. 235 del Código de Familia).

73. El menor grado de compromiso al que da lugar la constitución de un acogimiento respecto de la *Kafala* y que ha sido puesto de manifiesto, queda constatado además, por el hecho de que aquella cesará por decisión de las personas que tienen acogido al menor, previa comunicación de éstas a la entidad pública (art. 173.4 CC). Será suficiente por tanto, una simple comunicación a la entidad correspondiente para ocasionar el cese.

74. En el supuesto de la *Kafala*, se requerirá de su anulación por resolución judicial, en el caso de renuncia por parte de la persona que la asume (art. 25 de la Ley marroquí)⁵⁹, pero además ésta no podrá

⁵⁵ P. DE PABLO CONTRERAS, “Comentario al artículo 172”, en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, 1993.

⁵⁶ M^a V. MAYOR DEL HOYO, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Granada, 1999; J.I. IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Barcelona, 1996.

⁵⁷ M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, “El sistema público de protección de menores e incapaces”, en AA.VV., *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Madrid, 2007, pp. 399-416.

⁵⁸ En atención a las circunstancias concretas, el art. 173 bis 2 prevé que la entidad pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades. El carácter no general de esta medida impide que se pueda tomar en consideración desde una caracterización general de sus funciones.

⁵⁹ Vid., como ilustrativa de esta cuestión, la Sentencia n^o 15 de 14 enero 2001, expediente n^o 222/2/1/2003, emitida por la Corte Suprema de Marruecos por la que se anula la renuncia a la *Kafala* de una menor por quedar

cesar como ya se ha señalado, a petición de los padres que tengan la patria potestad o del tutor y que reclamen su compañía tal y como sin embargo, sí puede ocurrir con el acogimiento (art. 173.4 Código Civil español, en adelante CC)

75. Es evidente que las figuras objeto de examen pese a presentar funciones similares, en ningún caso podrán ser consideradas como equivalentes. El menor grado de compromiso de las funciones en que consiste el acogimiento respecto de la *Kafala*, impide la sustitución y por consiguiente, no se podrá reconocer aquella como un acogimiento, siendo innecesario diferenciar si quiera, las clases de acogimiento que contempla nuestro ordenamiento⁶⁰.

76. Por lo que respecta a la tutela ordinaria, conviene recordar que se trata de una institución estable que suple la falta de patria potestad y responde a la finalidad esencial, como indica F. SANCHO REBULLIDA, de suplir la capacidad de obrar de quien carece de ella⁶¹. En el caso en que los sujetos a tutela sean los menores que se hallen en situación de desamparo, la tutela que les corresponderá, como se ha indicado, será la administrativa que será de titularidad pública y una vez que la Entidad Pública asuma la tutela, concretará las medidas que deba tomar ante la imposibilidad de reinserción familiar: acogimiento o adopción.

Ahora bien, el art. 239 CC permitirá el nombramiento del tutor conforme a la reglas ordinarias, cuando existan personas que por su relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio de éste. Veamos entonces, si la tutela ordinaria se ajusta mejor a las funciones definitorias de la *Kafala* y en concreto de la *Kafala* notarial, que es la que se constituye respecto de niños no abandonados y la que presenta por lo general, un carácter intra-familiar.

Dejando a un lado la falta de correspondencia de los requisitos que vienen a determinar la capacidad para ser tutor, respecto de los que configuran la capacidad para ser *Kafil*, así como el diferente sistema de constitución de ambas figuras, el problema radica en que esta medida esta encaminada a suplir como ya se ha mencionado, la falta de patria potestad. Debe recordarse que en el Derecho actual de familia marroquí, no existe una noción parecida a la conocida por nosotros como patria potestad.

Pero, aun cuando pudiera considerarse que las funciones propias de la *Kafala* se corresponden con las que integran la mencionada patria potestad, y de ahí, que pudiera jugar el papel supletorio de la tutela, existiría una grave impedimento para la equivalencia. En el caso de las *Kafalas* notariales, no habrá lugar a suplir la capacidad de obrar del menor, pues serán los padres y más exactamente el padre, el que mantenga su representación, ya que con ella lo que en realidad se produce es una delegación de “la autoridad parental”.

Los padres delegan ciertas funciones y, así, se deja constancia en el acta correspondiente, pero mantienen la “tutela parental” y en concreto, la representación legal del menor con las precisiones que se hayan hecho constar en el acta. Es por ello imposible que exista la equivalencia de funciones, que sería necesaria para la sustitución y que por tanto, se produzca el reconocimiento de la resolución de *Kafala* como tutela.

77. Pero, además, y por lo que se refiere a la *Kafala* judicial (y a salvo de las indicaciones que se ha hecho acerca de la tutela administrativa y la falta de encaje de las medidas que a su amparo se podrán dictar: acogimiento o adopción), resulta interesante señalar que aún cuando lo normal es que en la resolución relativa a la *Kafala* se nombre al *Kafil* como tutor dativo, puede ocurrir que no sea así. Se puede designar a otra persona como representante legal, por lo que las funciones propias de la tutela que en principio podrían coincidir con las de la *Kafala*, en concreto procurarle alimentos, educar al menor y procurarle una formación integral (art. 269 del Código Civil) y a ellas se suma la de administrador legal del patrimonio del tutelado, pueden ser encomendadas a personas distintas.

78. A todo este entramado complejo de diferencias, debe añadirse un dato más y es que el *Kafil* no tiene libertad para trasladar al menor al extranjero, con lo que no tiene el Derecho de establecer su

probado que el *kafil* se comprometió con su esposa a hacerse cargo del cuidado de la niña y de la obligación alimenticia de ésta, *Jurisprudencia de la Corte Suprema. Estatuto Personal*, Rabat, 2009, pp. 101-104.

⁶⁰ Acogimiento familiar simple, acogimiento familiar preadoptivo y acogimiento familiar permanente: art. 173 CC.

⁶¹ F. SANCHO REBULLIDA, *El nuevo régimen de la familia*, Madrid, 1989.

residencia habitual fuera de Marruecos. Para ello requerirá como ya se ha expuesto más arriba, la previa autorización del Juez de Tutelas, lo que se aleja definitivamente de la configuración general del derecho de custodia y de la autonomía a quien le corresponda, que es consagrada en nuestro ordenamiento.

79. En realidad, todo esfuerzo por buscar funciones equivalentes que puedan dar lugar a una sustitución, debe estar presidido por el conocimiento de que la divergencia surge de las mismas diferencias entre los Derechos de familia. De hecho, se debe insistir en que si bien las funciones que integran la patria potestad son conocidas por el Derecho Islámico, no puede decirse lo mismo de la patria potestad como tal. Las funciones que vienen a integrarla no se corresponde con una única institución en éste Derecho.

80. Los deberes que integran la autoridad parental son sometidos a una distinción muy marcada, hasta el punto en que pueden existir diferentes tutelas (*hadanna, wilaya*): la guarda o tutela de la educación, la tutela sobre la persona del niño y la de sus bienes, a la que sólo habrá lugar cuando le niño tiene patrimonio⁶². A ello hay que añadir, que el reparto de las diferentes tareas de protección del niño, tiene en cuenta las aptitudes de las personas a las que se les encomienda y que principalmente será el padre y luego la madre.

81. Todo ello debe necesariamente proyectarse en la *Kafala*; pues esta figura no puede entenderse fuera de la concepción de la misma familia islámica⁶³ (baste mencionar las referencias que la Ley marroquí de niños abandonados hace al Código de familia) y más cuando no existe la adopción y es la única medida que proporcionará protección al menor abandonado o al menor que sin estarlo, son los padres los que encomiendan su cuidado al *Kafil*.

82. En realidad, la *Kafala*, como se ha tenido ocasión de comprobar, es, desde nuestra perspectiva, una institución muy compleja que tiene un marcado carácter multifuncional, lo que hace que se resista a toda tentativa de asimilación con las instituciones del Derecho español. No existe una única fórmula para la *Kafala*, como ya se ha visto, existe la *Kafala* judicial, la notarial e incluso la acordada simplemente por los padres y el *kafil*, tampoco se aplica a una única categoría de niño: los *makful* pueden ser niños huérfanos, abandonados con filiación desconocida o pueden ser niños considerados abandonados de filiación conocida, cuyos padres son incapaces de atender a sus necesidades o no disponen de medios legales de subsidencia y a todas esos diferentes perfiles, hay que añadir su fuerte componente religioso.

83. El conjunto de todas estas consideraciones da cuenta, más que suficiente, de lo complicada y prácticamente imposible que es la tarea de lograr un reconocimiento directo de esta figura como adopción, como acogimiento o como tutela. Ninguna de estas instituciones posee la versatilidad suficiente para responder a las diferentes conformaciones de la *Kafala* y aún que todas están integradas por funciones que coinciden con las propias de ésta peculiar institución, ninguna de ellas permite la equivalencia necesaria para operar la sustitución. En definitiva y parafraseando a H. GAUDEMET-TALLON: *pas d'équivalence, pas de substitution*.

2. Equiparación “funcional” caso por caso

84. La imposibilidad de asimilar la institución de la *Kafala* a alguna de las instituciones propias de nuestro Derecho, nos lleva, de nuevo, al punto de partida. El problema práctico que reclama nuestra atención, es la existencia de resoluciones marroquíes relativas al estado de las personas, que han sido reconocidas en España, por lo que van a producir efectos en nuestro país y por ello debe determinarse cuales serán estos.

⁶² M^aP. DIAGO DIAGO, “La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J.L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 143-176.

⁶³ Vid. Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, Paris 1965 y, para un acercamiento general a la filiación, M^aM. MARTÍNEZ ALMIRA, “La filiación materna y paterna en el Derecho islámico. Derecho sustantivo y reformas en los sistemas jurídicos actuales”, en AA.VV., *Mujeres y Derecho Feminismo/s*, 8 diciembre 2006, pp. 87-113.

Ante esta situación, parece que lo más adecuado es adoptar una solución que atienda a las peculiaridades que concurren en esta figura y al hecho probado, de que no existe en nuestro ordenamiento medida de protección del menor equivalente a la *Kafala*. Tomar como referencia estas variables y enmarcarlas en el contexto del respeto a la diversidad y muy en especial, en el respeto a la ley extranjera, conduce a una solución flexible: el reconocimiento de los efectos que genere la resolución de *Kafala* tal y como los establece la legislación extranjera de origen, a la luz de cada caso concreto⁶⁴.

Se trataría, en definitiva, de atender a la diversidad de supuestos que abarca la *Kafala*, lo cual exige un análisis detallado del caso concreto, para, conforme a lo que establece el Derecho marroquí, poder fijar la función que en cada caso desarrolla. Una vez fijada, se buscará la institución jurídica española que cumpla una función similar, produciéndose entonces la equiparación “funcional” a ella, pero reducida a los efectos que se desea que despliegue la resolución. De esta manera se genera una especie de “transpolación” de la técnica propia del conflicto de leyes, la calificación funcional en una versión polivalente, al terreno del reconocimiento.

85. Desde esta perspectiva, puede entenderse que la Ley de adopción internacional, cuando en su art. 34 permite la equiparación al acogimiento o tutela, lo hace a los efectos exclusivos de la materia que regula y atendiendo a la equiparación de funciones con la *Kafala* en el supuesto concreto. Nada impide por ello, que la normativa de extranjería opte en su caso, por reconocer efectos a las resoluciones de *Kafala* produciéndose la equiparación incluso a otra figura distinta. Lo mismo ocurre con la posible equiparación como adopción que podría producirse a efectos del acceso a una prestación de la Seguridad Social, con base en la función asistencial que la *Kafala* en efecto cumple, lo que ya ha ocurrido en la Sentencia Tribunal Superior de Madrid 31 enero 2008, que ya es firme⁶⁵.

86. La equiparación de la *Kafala* a un acogimiento o una tutela regulados en el Derecho español tal y como es prevista en el ya mencionado art. 34 de la Ley de adopción internacional, debe entenderse como la vía para reconocer a través de ella, efectos a la resolución de *Kafala*, en el orden único y exclusivo del ámbito de aplicación de tal ley: la adopción internacional. Lo que no impide, como ya se ha señalado, que la resolución de *Kafala* pueda desplegar otros efectos en otros ordenes distintos.

87. Si se toma como referencia el ámbito concreto y especial de la Ley de adopción internacional, como señalan A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, la solución articulada es meramente instrumental o transitoria⁶⁶. A través de ella, lo que se potencia y facilita es la adopción *ex novo* posterior del menor conforme a nuestro Derecho. Se trata por tanto, de una solución que en ningún caso producirá la conversión automática de la *Kafala* en adopción y que requerirá de la iniciativa de las partes y del concurso de la autoridad competente. Esta deberá valorar a la luz del Derecho marroquí, las circunstancias del caso concreto para determinar si concurren los requisitos que se exigen y en especial, el primero de ellos, que señala: Artículo 34.1º *Que los efectos sustanciales de la institución extranjera sean equivalentes a los del acogimiento familiar o, en su caso, a los de la tutela, previstos por la ley española.*

88. Obsérvese que el precepto hace referencia a los efectos sustanciales y no a la igualdad de funciones

⁶⁴ Esta es la solución acogida en el art. 78 de la *loi Fédérale sur le droit international Privé Suisse* (LDIP) de 18 décembre 1987: “1. Les adoptions intervenues à l'étranger sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été prononcées dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national de l'adoptant ou des époux adoptants. / 2 Les adoptions ou les institutions semblables du droit étranger qui ont des effets essentiellement différents du lien de filiation au sens du droit suisse ne sont reconnues en Suisse qu'avec les effets qui leur sont attachés dans l'Etat dans lequel elles ont été prononcées”. Y es la solución que se sigue en la práctica francesa. Vid., al respecto, la respuesta del Ministerio de inmigración, integración, identidad nacional y desarrollo solidario a la pregunta relativa a la problemática de la *Kafala* en la que se establece que las resoluciones sobre ella podrá ser reconocidas en Francia sin formalidad alguna pero “... les effets qu'elle produit sont plus ou moins étendus et dépendant à la fois de la législation du pays d'origine, du contenu de la décision et de la situation de l'enfant recueilli” (Vid. pregunta en *J.O.*, 6-5-2008, p. 3749, y respuesta en *J.O.*, 12-8-2008, p. 6985).

⁶⁵ Sentencia Tribunal Supremo de 10 febrero 2009.

⁶⁶ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10ª ed., Granada, 2009, en concreto p. 272.

ni a la identidad de instituciones. De haber sido así la tarea, como se puede intuir, hubiera sido muy difícil, pues las funciones de la *Kafala* judicial no son las de un mero acogimiento y mucho menos las de un acogimiento familiar pre-adoptivo y las funciones tanto de la *Kafala* judicial como la notarial tampoco presentan una similitud tal, como para considerar que concuerdan de manera sustancial y en abstracto, con las desarrolladas por la tutela española. Ahora bien, estas apreciaciones cambian automáticamente, si lo que se pretende, a través de la equiparación, es que la resolución de *Kafala* despliegue un efecto reconocido por el Derecho extranjero a tal institución y reconocido por el Derecho español como propio de la figura de que se trate.

89. Entender que la Ley de adopción internacional abre, a través de este precepto, las puertas a una completa asimilación a esas figuras, es tanto como admitir que existe una equivalencia tal, que ha logrado producir la sustitución por las instituciones de Derecho español y que por tanto, se ha “nacionalizado” la figura extranjera, lo que no ocurre⁶⁷. Téngase en cuenta que de producirse la sustitución plena, los efectos que desplegará a partir de entonces, serán los previstos en el Derecho español y estos efectos pueden, como se ha tratado de demostrar, no corresponderse con los previstos por el Derecho extranjero, produciéndose en definitiva, una grave distorsión de la misma institución que se ha terminado en transformarse en otra cosa.

90. La equiparación, con carácter general, de la *Kafala* con un acogimiento o una tutela incurre en el mismo error que la equiparación con carácter general a una adopción. Todas estas soluciones llevan al mismo resultado: provocar una metamorfosis irreversible y forzada de una institución extranjera, que al final del proceso, termina convertida en otra cosa. Obsérvese además, que el resultado final será el de una mariposa cuyas alas serán siempre o más largas o más cortas que las que le deberían de corresponder a su especie, por cuanto que los efectos a los que dará lugar, irán más allá o se quedarán más acá, de los diseñados por la ley extranjera de origen.

91. La solución que permite respetar la integridad de la *Kafala*, pasa necesariamente por reconocer los efectos previstos por la ley extranjera, atendiendo a cada supuesto concreto; esto es, examinando el contenido del acto de constitución y buscando la equiparación funcional con la figura de Derecho español, que pueda dar la cobertura suficiente al efecto reclamado.

92. El marco de extranjería ofrece un interesante ejemplo del reconocimiento caso por caso de efectos a la *Kafala*, circunscrito a un ámbito que le es propio: la entrada de extranjeros en España (en concreto, del *makful*) y la obtención necesaria del correspondiente visado. Habida cuenta de las diferencias que entraña la constitución de los distintos tipos de *Kafala* y los efectos a los que da lugar, se prevé que cada uno de ellos se ajuste a procedimientos diferentes.

93. En efecto, tal y como dispuso la Instrucción DGI/SGRJ/07/2007 de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 27 septiembre 2007, sobre acogimiento de menores extranjeros por ciudadanos españoles, debe diferenciarse dos supuestos. Aquellos en que en la *Kafala* se hubiera constituido con intervención de los padres biológicos del menor y aquellos otros en los que, por ser el niño huérfano o haber sido declarado abandonado por las Autoridades marroquíes, no se hubiera producido la intervención de los padres⁶⁸.

94. En el primer supuesto, la entrada del menor seguirá lo dispuesto en el art. 93 del Reglamento de ejecución de la Ley de extranjería, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 diciembre que regula el régimen aplicable a los programas de desplazamiento temporal de los menores extranjeros⁶⁹. El

⁶⁷ Respecto de la sustitución en relación a la adopción y los peligros de “la nacionalización”, vid. H. MUIR WAT, “Les effets en France des jugements étrangers d’adoption ou la substitution des modèles français aux institutions étrangères équivalentes”, *Revue internationale de droit comparé*, 4-2003, pp. 833-843, en especial pp. 835-836.

⁶⁸ Para un acercamiento exhaustivo de la perspectiva administrativa de la entrada en territorio español del menor sometido a *Kafala* ante autoridad marroquí, vid., por todos, A. RODRIGUEZ BENOT, “La eficacia de la *Kafala* ante el ordenamiento español”, en AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009.

⁶⁹ *Boletín Oficial del Estado* n° 6, de 7 enero 2005.

motivo último que conduce a utilizar esta vía y no otra, es el de considerar que este tipo de *Kafala* no es equiparable a una tutela y, por consiguiente, no atribuye al *kafil* la representación legal sobre el *makful*.

95. El segundo supuesto recibe un tratamiento diferente, sobre la base de considerar que en este tipo de *Kafala*, el *Kafil* asume la tutela prevista por el Derecho marroquí, esto es, la tutela dativa, lo que lleva a entender que el *Kafil* es en realidad representante legal del menor marroquí. Se podrá tramitar entonces, un visado por reagrupación familiar⁷⁰ con base en lo establecido en el art. 17, apartado 1º, letra c), de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁷¹

96. Esta norma en su última modificación por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁷², introduce una precisión más, quizás un tanto innecesaria, a la descripción del caso que nos ocupa al disponer que serán, familiares reagrupables: *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.*

97. Por lo demás, cabe señalar que ante los problemas que ha generado el hecho de que el representante legal del menor sea español y no pudiera aplicarse el régimen establecido en el 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 Europeo⁷³, por no estar dicho menor marroquí incluido en la Disposición adicional vigésima, apartado 1º, letra c), del Reglamento de extranjería (introducida por el Real Decreto 240/2007), sería de aplicación la Ley de extranjería⁷⁴.

98. La nueva modificación de ésta norma, establece en su Disposición Adicional segunda titulada: Reagrupación familiar de ciudadanos españoles respecto a sus familiares nacionales de terceros países, lo siguiente: *Reglamentariamente se podrán establecer condiciones especiales más favorables, respecto de las previstas en esta Ley, para la reagrupación familiar ejercida por los españoles*

99. Dejando a un lado lo acertado o no de las medidas procedimentales articuladas en los expedientes de extranjería correspondientes⁷⁵, para la entrada en los supuestos de menores respecto de los cuales se ha constituido una *Kafala*, lo interesante, desde la perspectiva de estudio, es comprobar cómo se ha producido un reconocimiento de esta institución a diferente escala y a través del reconocimiento de sus efectos, que han sido modulados a la luz de las resoluciones extranjeras concretas.

⁷⁰ Vid. E. ZABALO ESCUDERO, "Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia", *Revista Derecho migratorio y extranjería*, nº18, 2008, pp. 45-80.

⁷¹ *Boletín Oficial del Estado* nº 10, de 12 enero 2001; dicha norma ha sufrido posteriores modificaciones operadas mediante las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 diciembre (*Boletín Oficial del Estado* nº 307, de 23 diciembre 2000); 11/2003, de 29 septiembre (*Boletín Oficial del Estado* nº 234, de 30 septiembre); y 14/2003, de 20 noviembre (*Boletín Oficial del Estado* nº 279, de 21 noviembre 2003) y la última es de 2009. Vid. cita nota siguiente. Vid. también la Instrucción DGI/SGRJ/01/2008 de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 17 enero 2008 sobre la reagrupación familiar de menores o incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal: desarrolla los artículos 17.1.c) de la LO 4/2000 y 39.c) de su Reglamento, http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/documentos/2008/Instruccion_DGI_01-2008.pdf.

⁷² *Boletín Oficial del Estado* nº 299 de 12 diciembre 2009

⁷³ *Boletín Oficial del Estado* nº 51, de 28 febrero 2007.

⁷⁴ Vid., al respecto, el Oficio del Director del Gabinete de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración sobre la *Kafala* de 13 enero 2010 que viene a confirmar lo establecido en las Instrucciones en relación con la tramitación de las solicitudes de visado para la venida a España de menores extranjeros, para su acogimiento por parte de ciudadanos españoles o residentes en el extranjero, que presentan resoluciones de *Kafala*.

⁷⁵ Vid. a favor de un tratamiento igualitario de los dos tipos de *Kafala*, E. ARCE JIMENEZ, "La *Kafala* marroquí y la legislación de extranjería", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 13 (noviembre 2006), p. 272.

100. Otro ámbito abonado para la reclamación de efectos relacionados con la constitución de decisiones relativas a la *Kafala*, lo constituye el campo de la protección social⁷⁶. Era de esperar que tarde o temprano se plantease la cuestión concreta de si los sometidos a *Kafala* tendrán derecho o no, a percibir determinadas prestaciones sociales y así ha ocurrido respecto de una pensión de la Seguridad Social por razón de orfandad.

101. Como ya se ha señalado más adelante, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 enero 2008 ha tenido ocasión de resolver esta cuestión en relación al siguiente caso: Un nacional marroquí casado con nacional también marroquí que había fallecido, solicita pensión de orfandad a favor de dos menores también de nacionalidad marroquí, respecto de los cuales se había constituido una *Kafala* judicial en Marruecos ante el Tribunal de Tutelas correspondiente. La fallecida era titular de un Permiso de Trabajo y de residencia y se encontraba afiliada al Régimen especial de empleados de hogar, estando al corriente del pago de las cuotas correspondientes.

La pensión le fue denegada en aplicación de los arts. 16 de la Orden de 13 febrero 1967 y el 175 de la Ley General de la Seguridad Social, al no ser considerados los menores beneficiarios por no ser “hijos del causante cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación”. La Sentencia de instancia revocó la resolución y reconoció la pensión de orfandad por aplicación del principio de igualdad ya que “de lo contrario se produciría una discriminación indirecta por la imposibilidad de adquirir el carácter de hijos adoptivos, atendida la nacionalidad de los cuidadores (*Kafils*)” (Fundamento de Derecho Primero).

Tras una compleja argumentación, que ha suscitado polémica⁷⁷, en la que está presente el ensayo de la equiparación funcional de la *Kafala* al acogimiento y a la adopción y la no superación del test de equivalencia en ninguno de los casos, se opta por enfocar el tema atendiendo a las características de la figura desconocida y del efecto jurídico reclamado. Todo ello se sitúa, en el marco general de la protección del menor⁷⁸.

La virtualidad que presenta esta argumentación, desde el ángulo que se sigue en este estudio (y al margen de otros desarrollos que merecerían realizarse desde nuestra disciplina⁷⁹), es la de examinar en el caso concreto y atendiendo a las circunstancias que concurren en él y respecto del efecto que se pretende obtener, si la *Kafala* cumple la función asistencial para la cual esta diseñada esta prestación social.

Puede observarse que, de esta manera, se respeta la configuración concreta de la institución extranjera, que no se nacionaliza mediante la sustitución por una medida de protección española, sino que a través de una equiparación funcional flexible, se reconoce el efecto reclamado. Lo que no viene a impedir, el que esa misma *Kafala* hubiera podido ser equiparada, a los efectos de entrada de los *makful* a España, a una tutela dativa o representación legal del *Kafil*.

Cabe apuntar por último, un tema que reviste importancia y que pone de relieve la existencia de conflictos ocultos a los que ya se ha aludido en este trabajo. Tal y como se ha tenido oportunidad de señalar, la Ley de adopción internacional establece una vía para facilitar la adopción en España de niños respecto de los cuales se constituyó por autoridades extranjeras una decisión que no producía vínculos de filiación, como ocurre con la *Kafala*. Sin embargo la Sentencia comentada hace referencia a que el requisito de la filiación en este caso no puede concurrir, por no poder constituirse una adopción, lo que es

⁷⁶ Ya, en el año 1988, se planteaba este problema en Francia. Vid. I. SAYN, “Protection sociale et familles étrangères musulmanes”, *Revue européenne de migrations internationales*, 1988, vol 4, n° 4-1-2, pp. 129-139.

⁷⁷ Baste como ejemplo el análisis efectuado por G.M. QUINTERO LIMA, “Globalización y Seguridad Social: sentencias sobre *Kafala* y pensión de orfandad”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* 17, 2008.

⁷⁸ El INSS alegó como sentencia de contraste la del Tribunal Supremo de 3 noviembre 2004, en la que se planteaba si cabía la concesión de la pensión de orfandad al menor que había sido acogido por su abuelo y la segunda esposa de éste, cuando fallece ésta última. Como así declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 febrero 2009 por la que se declara la firmeza de la Sentencia objeto de análisis, debe apreciarse falta de contradicción entre las Sentencias comparadas porque los supuestos de hecho son distintos, al igual que el tema planteado y los términos del debate Razonamiento Jurídico Primero. Vid., sobre el tema de la identidad de supuestos, R.M. ALONSO GARCÍA, “Dos ejemplos de la difícil identidad de supuestos en unificación de doctrina: Transexualidad y *Kafala*”, *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración* 79, pp. 59-78.

⁷⁹ Entre otros, vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Derecho islámico en España: bigamia y *Kafala*”, AA.VV., *Estudios de Derecho de familia y sucesiones*, Santiago de Compostela, 2009, pp. 247-296, en especial 269-270, y nota a esta Sentencia de S. GARCÍA CANO, *REDI*, vol. XL, 1, 2008, pp. 254-256.

claro respecto de Marruecos, pero no tanto respecto de España, ya que nuestro ordenamiento no cierra, como se ha visto, la posibilidad a la adopción *ex novo* en nuestro país.

La afirmación de la Sentencia por consiguiente, podría resultar en principio, contradictoria con los objetivos de la Ley; pero ello no será así, si atendemos a la correcta interpretación de la norma que no permite la transformación automática de la *Kafala* en adopción, ni obliga a que los particulares insten la equiparación al acogimiento o tutela y que en todo caso, pone el acento en el desarrollo judicial⁸⁰. No debe ignorarse en este tema, la peculiaridad religiosa de los musulmanes y su reflejo en la realidad, que llevará a que la adopción no será una vía intentada por ellos, aún cuando pudiera ser transitada conforme a lo dispuesto en nuestra Ley, pues como es sabido, la adopción es *haram* está prohibida por su religión.

102. Desde concepciones rígidas es muy difícil atender a la justicia material que reclama cada vez más el planteamiento de supuestos como los analizados y para los cuales, nuestra legislación internacional privatista, no está del todo preparada. En ocasiones será necesario dar entrada a los valores que reflejan heterogeneidad, más allá de cual sea la norma aplicable o la solución tradicional articulada, pues, como señala A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Los particulares elementos de heterogeneidad, también deben conducir a soluciones particulares⁸¹” máxime cuando de ello dependa la consecución misma de la justicia del caso concreto.

VII. Consideraciones finales

103. Como ya ha ocurrido con anterioridad con otras instituciones típicas de Derecho islámico, la *Kafala* hace su aparición en el escenario de nuestra disciplina. Reclama efectos y pone de relieve la discontinuidad existente entre los ordenamientos en presencia: el español y el marroquí (u otro de inspiración islámica).

104. La *Kafala* es una institución muy compleja que tiene un marcado carácter multifuncional, y que cuenta con un poderoso componente religioso. Todo ello hace que se resista a toda tentativa de asimilación plena, con las instituciones del Derecho español, complicando la tarea de Derecho Internacional Privado de asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas en situaciones transfronterizas⁸².

105. La sustitución integral de la *Kafala* por una medida de protección del menor propia de nuestro sistema y en especial, por la adopción, acogimiento o tutela, desencadena una metamorfosis artificial de aquella. Se produciría así una “nacionalización” no justificada, por cuanto que los efectos que estaría llamada a desplegar conforme al Derecho español, no coincidirían con los previstos en el ordenamientos extranjero de origen.

106. Las resoluciones de *Kafala* una vez reconocidas en España, deben poder desplegar los efectos que le son propios, según la ley extranjera de origen. Para ello se requerirá el análisis del caso concreto para, conforme a lo que establece el Derecho de origen (en los supuestos analizados el marroquí), poder fijar la función que en cada caso desarrolla y una vez fijada, buscar la institución jurídica española que cumpla una función similar. Se operará entonces una equiparación “funcional” a ella, pero reducida a los efectos que se desea que produzca.

107. El vector que puede unir el origen de las coordenadas aquí presentadas: resoluciones relativas al otorgamiento de la *Kafala* conforme al Derecho marroquí, con un punto fijo en el espacio que será el Derecho español, es el vector de posición que vendrá representado por la equiparación funcional de la

⁸⁰ Tal y como señalan A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (reflexiones y comentarios)*, Granada, 2008 p. 316: “El poder discrecional otorgado a los tribunales profundiza en la línea del ‘desarrollo judicial’ presente en toda la Ley de adopción internacional. Porque la Ley cree en los jueces”.

⁸¹ A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe”, en AA.VV., *El Islam jurídico y Europa*, Barcelona, 1998, pp. 163-198, en especial pp. 165 y 166.

⁸² Vid. Resolución del IDI, “La substitution et le principe d’équivalence en droit international privé”, *Annuaire de l’Institut de droit international Session de Santiago*, vol. 72, 2007, p. 74.

Kafala “caso por caso”. Esta operación ha de permitir que las resoluciones relativas a ella, desplieguen los efectos que le son propios y que han sido determinados por su ley de origen.

108. Todo aquello que es diferente no tiene por qué ser una amenaza a la sociedad que lo recibe y menos cuando como es el caso, se trata de medidas de protección que están inspiradas en el principio del interés superior del menor. Este ha de ser precisamente el corazón del auténtico *diálogo de civilizaciones*.

109. La solución aquí planteada resulta eficiente, pues no sólo respeta la integridad de una institución extranjera, extraña a nuestro Derecho pero no contraria a él, sino que restablece la continuidad de las relaciones jurídicas transfronterizas y lo hace desde la concepción que dimana del Derecho Internacional Privado que por definición, no ha de ser xenófobo ni imperialista⁸³.

⁸³ Como señala S. VRELLIS, “Le droit International privé est par hypothèse ouvert au monde entier: il n’est pas xénophobe ni impérialiste” (ID., “Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice” *Recueil des Cours* 2007 t. 328 188 a 474 en concreto p. 229 y vid., en especial, sus consideraciones relativas al respeto de la diferencia en pp. 225-229).