

## Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico («kafala»)

José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE

*Profesor Titular de Derecho civil. Universidad de Valencia*

Diario La Ley, Nº 7393, Sección Doctrina, 3 May. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY

LA LEY 2131/2010

En España la «kafala» acordada en un país islámico, si ha sido constituida a través de un proceso, judicial o administrativo, con intervención de las autoridades públicas, es asimilada al acogimiento o tutela regulados en el Derecho español; el «makfoul» puede ser adoptado conforme a la legislación española, obtener un visado por reagrupación familiar y, según alguna resolución judicial, obtener una pensión de orfandad, en caso de muerte del «kafil».

### Disposiciones comentadas

*L 54/2007 de 28 Dic. (adopción internacional)*

TÍTULO III. Otras medidas de protección de menores

CAPÍTULO II. Efectos de las decisiones extranjeras en materia de protección de menores.

Artículo 34. *Efectos legales en España de las decisiones relativas a instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación acordadas por autoridades extranjeras.*

## I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE «KAFALA»

La institución de la «kafala» suele producir cierta perplejidad en el común de los operadores jurídicos españoles, no familiarizados con el Derecho Internacional Privado; y ello, a pesar de que la misma está llamada a tener una importancia indudable, dada la creciente inmigración procedente de países del Magreb, especialmente de Marruecos.

Así lo demuestra el hecho de que haya dado lugar a diversas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado; empiece a ser objeto de pronunciamientos judiciales; sea contemplada en el art. 29 Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989 sobre los Derechos del Niño, así como en los arts. 3, e) y 33, apartado 1.º, 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; y, según se expondrá más adelante, haya encontrado un cauce para su reconocimiento legal en España en el art. 34 L 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

La perplejidad que suscita, más allá de la provocada por una expresión en lengua árabe, está en estrecha relación con una diferente manera de concebir la protección del menor en la cultura jurídica española, en relación con la propia de los países islámicos.

En España se considera que el mejor modo posible de proteger al menor en situación de desamparo es la de integrarlo en una nueva familia, de manera plena y permanente, creando un vínculo de filiación con los adoptantes y extinguiendo el que lo unía con su familia de origen.

Desde la reforma del Código Civil (CC) llevada a cabo por la L 21/1987, de 11 de noviembre, a diferencia de lo que sucede en otros países europeos, como, por ejemplo, Francia, ya no se distingue entre adopción simple y plena (según que pueda, o no, ser revocada y según que el adoptado conserve, o no, la relación de filiación con su familia de origen), sino que se reconoce una sola clase de adopción, que produce los mismos efectos que la filiación natural, lo que se considera una exigencia del principio de igualdad reconocido en el art. 39 Constitución (CE), el cual proclama la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación. No obstante, el art. 12 L 54/2007 reconoce el derecho de los adoptados a conocer sus orígenes biológicos, a partir de la mayoría de edad, pudiendo ejercitar dicho derecho, en su nombre, sus representantes legales, durante su minoría de edad, lo que en la Exposición de Motivos de la Ley se explica por ser «Consciente el legislador de la trascendencia de esta cuestión desde la perspectiva del libre desarrollo de la personalidad de las personas adoptadas».

Por el contrario, en la mayoría de los Derechos de inspiración islámica, como es el caso de Argelia o Marruecos (no, así, de Túnez, a partir de la Ley de 4 de marzo de 1958), la adopción está prohibida, prohibición que encuentra sus orígenes en el Corán (versículos 4 y 5 de la Sura XXXIII) y que responde a la idea de que el vínculo jurídico de la filiación sólo puede tener orígenes biológicos (v. en este sentido, el art. 142 Código de Familia marroquí y el art. 46 Código de Familia argelino), considerándose, en consecuencia nula la adopción (v. en este sentido, el art. 149 Código de Familia marroquí).

Por ello, en dichos países, la protección de los menores en situación de abandono se realiza a través de una institución distinta, la «kafala», que, es un acogimiento, por lo que, a diferencia de la adopción, no genera un vínculo de filiación entre el menor («makfoul») y la persona o personas que lo acogen («kafil»).

### **1. Regulación en Marruecos**

En Marruecos la «kafala» se regula por la Ley núm. 15/01 (aprobada por Dahir de 13 de junio de 2002), relativa al acogimiento familiar de los menores abandonados, cuyo art. 2 la define como el compromiso de asumir benévolamente la protección, educación y manutención de un menor abandonado, de igual manera que lo haría un padre por su hijo.

La «kafala» puede constituirse notarial o judicialmente.

La constitución notarial sólo es posible, cuando sean conocidos los padres del menor, quienes deberán consentir el acogimiento, de lo que se dará fe, mediante la redacción de la oportuna acta.

En caso contrario, la constitución de la «kafala» exige la previa declaración de abandono del menor (art. 6 Ley núm. 15/01), que se realiza a través de un procedimiento judicial, con intervención del Ministerio Fiscal, el cual está encomendado al Juez de Tutelas (arts. 14 a 18 Ley núm. 15/01).

Esta intervención judicial tiene gran importancia desde la perspectiva del Derecho español, pues, según veremos más adelante, el reconocimiento de efectos jurídicos de la «kafala» en España se subordina a que se haya constituido con intervención de autoridad pública, judicial o administrativa.

Respecto de sus efectos, la «kafala» no dará derecho, ni a la filiación, ni a la sucesión respecto del «kafil» (art. 2 Ley núm. 15/01), quien vendrá obligado a mantener, guardar y proteger al menor acogido, velando porque sea educado en un ambiente sano, en el que se satisfagan sus necesidades esenciales, hasta que alcance la mayoría de edad, siendo

responsable civil de los actos del mismo (art. 22 Ley núm. 15/01).

La «kafala» se extingue al alcanzar el menor la mayoría de edad (a no ser que en él concurren minusvalías o sea incapaz de satisfacer sus propias necesidades), por muerte del «makfoul» o «kafil», por incapacidad de este último o por resolución judicial que revoque el acogimiento, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones propias del mismo; por último, por disolución del establecimiento, organismo o asociación a quien se hubiera encomendado la «kafala» (art. 25 Ley núm. 15/01).

## **2. Regulación en Argelia**

En Argelia la «kafala» se regula en los arts. 116 a 125 Código de Familia, el primero de los cuales la define como la obligación de hacerse cargo, benévolamente, del mantenimiento, educación y protección de un niño menor, del mismo modo que lo haría un padre respecto de su hijo.

Al igual que en Marruecos, la «kafala» podrá acordarse ante notario, con el consentimiento de los padres del niño, si éstos son conocidos (art. 117 Código de Familia); en caso contrario, necesariamente, deberá constituirse judicialmente, previa declaración de abandono, por el procedimiento regulado en los arts. 492 a 497 Código de Procedimiento Civil y Administrativo de 25 de febrero de 2008, seguido ante el Juez de Familia, con intervención del Ministerio Fiscal.

El «kafil» ostenta la tutela legal del «makfoul» (art. 121 Código de Familia), por lo que administra, en su interés, los bienes que éste pueda recibir por herencia o por donación (art. 122 Código de Familia).

El niño acogido debe conservar su filiación de origen, si sus padres son conocidos (art. 120 Código de Familia). Si ambos o uno de ellos demanda la reintegración de la tutela, el niño, si lo permite su grado de discernimiento, podrá optar por el retorno con sus progenitores o, por el contrario, seguir en compañía de la persona que lo tiene acogido; si su edad no lo permite, será el juez quien decida, teniendo en cuenta el interés del menor (art. 124 Código de Familia).

Si el menor carece de padres conocidos, el Decreto de 13 de enero de 1992 permite que el niño pueda adquirir el apellido de la persona que lo ha acogido, si ésta así lo solicita.

En el supuesto de muerte del «kafil», la tutela del «makfoul» se confiere a los herederos de aquél, si aseguran hacer cargo del mismo; en caso contrario, la autoridad judicial atribuirá la guarda del niño a la entidad pública competente en materia de asistencia (art. 125 Código de Familia).

## **II. CALIFICACIÓN DE LA «KAFALA» DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL**

Trataremos, a continuación, de calificar la «kafala» desde la perspectiva española, cuestión ésta de la que van a depender los efectos jurídicos que en nuestro Derecho se le reconozcan.

### **1. La «kafala» no es una adopción**

Es indudable que, desde el punto de vista del Derecho español, la «kafala» no es una adopción, ya que no produce la creación de una nueva relación jurídica paterno-filial entre el «kafil» y el «makfoul».

Al no crear un vínculo jurídico de filiación entre las personas entre las que se constituye, no puede ser considerada como una clase de adopción internacional, tal y como exige el art. 1.2 L 54/2007 para la aplicación de la misma.

La Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 15 de julio de 2006, afirma, así, que la «kafala» «del Derecho de los países de inspiración coránica es una institución que no crea un vínculo de filiación [...] No se producen, en consecuencia, ni la modificación del orden sucesorio en la herencia causada por

cualquiera de los miembros de la nueva familia, ni el nacimiento de vínculo de parentesco alguno ni, en consecuencia, impedimentos para el matrimonio».

De ahí que la RDGRN de 14 de mayo de 1992 (LA LEY 7949/1992) denegara la inscripción en el Registro Civil español de una adopción constituida conforme a legislación marroquí, adquiriendo posteriormente los cónyuges, a quienes se había confiado el menor, la nacionalidad española por residencia. Dice, así, que: «A la vista de las informaciones obtenidas sobre la legislación marroquí hay que concluir que la "adopción" constituida ante las autoridades marroquíes competentes no guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el ordenamiento español: no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados; no implica alteración en el estado civil de éstos y sólo alcanza a establecer una obligación personal por la que el matrimonio que se hace cargo de un menor ha de atender a sus necesidades y manutención. Es claro, pues, que esa figura no pueda considerarse incluida en la lista de actos inscribibles que detalla el art. 1 de la Ley del Registro Civil».

El mismo sentido se pronuncian las posteriores RRDGRN de 18 de octubre de 1993 (LA LEY 12070/1994) y de 13 de octubre de 1995 (LA LEY 2777/1996), las cuales, tras calificar la «kafala» como un mero acogimiento, observan que la adopción habrá de constituirse *ex novo* por el juez español competente.

## **2. La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado: la consideración de la «kafala» como un acogimiento familiar, provisional o permanente**

El hecho de que las «kafalas» constituidas en países islámicos no sean reconocidas como adopciones no significa que no produzcan ningún efecto legal en España.

Así, la mencionada Resolución-Circular de la DGRN de 15 de julio de 2006, afirma que pueden ser reconocidas en nuestro país, «si han sido válidamente constituidas por autoridad extranjera, siempre que no vulneren el orden público internacional español y si los documentos en los que constan se presentan debidamente legalizados y traducidos a idioma oficial español»; y añade que «nunca podrán ser reconocidas en España "como adopciones", sino que, a través de la técnica jurídica propia del Derecho Internacional Privado de la "calificación por la función", puede entenderse que tales instituciones, desconocidas para el Ordenamiento jurídico español, desarrollan en el Derecho extranjero una función similar a la que despliega, en Derecho español, el "acogimiento familiar" que produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral (v. en este sentido artículo 173.1 del Código Civil), bien con carácter transitorio —acogimiento familiar simple—, bien con carácter permanente —acogimiento familiar permanente— (v. en este sentido artículo 173 bis, párrafo primero, 1 y 2 del Código Civil), pero que ni crea vínculos nuevos de filiación, ni rompe los anteriores, ni priva de la patria potestad a los padres»; y concluye: «Por tanto, dada su similitud funcional, la "kafala" puede considerarse en España como un "acogimiento familiar"».

En consecuencia, se admite que la «kafala» pueda ser equiparada a un acogimiento familiar, en dos de las modalidades previstas en el art. 173, bis, párrafo primero, CC.

- a) El acogimiento simple, de carácter transitorio, «bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia, bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable».
- b) El acogimiento permanente, «cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor». «En tal supuesto, la entidad pública

podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés del menor».

Desde esta perspectiva, la RDGRN de 14 de mayo de 1992 afirma que: «No hay inconveniente (...) para que si así lo solicita el Ministerio Fiscal o cualquier interesado, el acta (de constitución de la «kafala») marroquí, por afectar a ciudadanos españoles, sea susceptible de anotación en el Registro español, pues la figura envuelve una situación personal de prohijamiento o acogimiento»; y añade: «La anotación, con su limitación de efectos (cfr. arts. 38 LRC y 145 RRC), se extenderá al margen de la inscripción de nacimiento o, en su caso, de la anotación soporte prevista en el art. 154.1.º del propio Reglamento» del Registro Civil.

La RDGRN de 18 de octubre de 1993, no obstante, además de denegar la inscripción como adopción, precisa que la anotación exige que el «mafakoul» hubiera sido menor de edad al tiempo de constituirse la «kafala» Dice, así, que: «Teniendo en cuenta que, cuando se formaliza en Marruecos esa relación, el marroquí afectado ya era mayor de edad, no cabe que siquiera se extienda en el Registro la anotación de prohijamiento o acogimiento prevista en el art. 154.3.º del Reglamento del Registro Civil».

### ***3. El artículo 34 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional: requisitos para el reconocimiento de la «kafala» como un acogimiento familiar o, en su caso, como una tutela***

El reconocimiento de la «kafala» ha encontrado un cauce legal en el art. 34 L 54/2007.

El precepto prevé la equiparación de las «Las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que según la ley de su constitución no determinen ningún vínculo de filiación» (como es la «kafala») al acogimiento familiar regulado en el Derecho español (tal y como ya había sostenido la Dirección General de los Registros y del Notariado) «o, en su caso, a una tutela» (novedad en relación a la doctrina sentada por el Centro Directivo, lo que es importante en orden a poder considerar al «kafil» como un tutor dativo y, en consecuencia, conceder un visado por reagrupación familiar al «mafakoul»).

En cualquier caso, la equiparación se supedita a la concurrencia de los siguientes requisitos:

**a)** En primer lugar, que la «kafala» se haya constituido por la autoridad extranjera competente (judicial o administrativa), la cual se determinará conforme a los foros de competencia del propio Derecho, a no ser que falten «conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares», previsión, esta última, que tiene por finalidad evitar el riesgo de sustracción de niños, así como la simulación de acogimientos con la sola finalidad de que los menores extranjeros puedan disfrutar de los beneficios de la residencia en España.

Se excluye, pues, la equiparación de las «kafalas» acordadas privadamente, sin intervención de autoridad pública, en virtud de una mera declaración de voluntad de los padres del menor, aunque las mismas hubieran sido hechas ante Notario, lo que, según se expuso, se admite por el Derecho marroquí o argelino, en el caso de niños con padres conocidos.

**b)** En segundo lugar, que se haya constituido con arreglo a la ley estatal designada por las normas de conflicto del lugar en que se ha acordado, con lo que se trata de asegurar la validez de la «kafala» en el país de origen.

No obstante, parece evidente que las autoridades españolas no podrán entrar en el control material de

alguno de los presupuestos de validez exigidos por dicha ley, como es el de que el «kafil» sea musulmán (v. en este sentido el art. 9 Ley núm. 15/01 de Marruecos o el art. 118 Código de Familia de Argelia), por ser ello contrario al principio de libertad religiosa.

**c)** En tercer lugar, que el documento en el que consta constituida la «kafala» reúna los requisitos formales de autenticidad, consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción al idioma español oficial (con excepción de los documentos eximidos de legalización o traducción en virtud de otras normas vigentes); se pretende, así, evitar las falsificaciones de documentos.

**d)** En cuarto lugar, que la «kafala» no produzca «efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español»; como, por ejemplo, sucedería, si se pretendiera el reconocimiento de efectos legales de la acordada respecto de menores que tuvieran padres, sin haber mediado una previa declaración judicial de abandono.

Por lo tanto, la «kafala» en la que concurren los requisitos expuestos, como mínimo, ha de ser considerada un acogimiento familiar, lo que, a mi juicio, tendrá trascendencia en orden a la posible adopción en España del «makfoul».

### **III. LA ADOPCIÓN DEL «MAKFOUL» EN ESPAÑA**

Muy frecuentemente, el «kafil», si ya tiene la nacionalidad española en el momento de la constitución de la «kafala» o si la adquiere posteriormente por residencia, intentará adoptar en España al «makfoul», posibilidad ésta, que le impide la legislación nacional de este último.

#### **1. Posibilidad de que el «makfoul» sea adoptado por el «kafil» conforme a la ley española**

Conforme al art. 17.1 L 54/2007, será posible la adopción con arreglo a la ley española, cuando el menor tenga su residencia habitual en nuestro país en el momento de constitución de la adopción o cuando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual aquí.

El Derecho francés no es tan permisivo como el español. Así, el art. 370.3 Código Civil galo (redactado conforme a la Ley núm. 2001-111, de 6 febrero de 2001, relativa a los conflictos de ley en la adopción internacional) establece que la adopción de un menor extranjero en Francia no puede tener lugar, si su ley personal prohíbe esta institución, salvo si dicho menor ha nacido o reside habitualmente en este país.

La jurisprudencia francesa entiende que dicho precepto se refiere, tanto a la adopción plena, como a la simple.

Así, la sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> de la Corte de Casación de 10 de octubre de 2006 (núm. 06-15265) revocó la sentencia recurrida, la cual había acordado la adopción simple de un niño nacido en Argelia, que había residido en Francia alrededor de un año, después de la constitución de la «kafala». Observa la Corte que la «kafala» no crea ninguna relación de filiación entre el niño y las personas que lo tienen en acogimiento, contrariamente a lo que sucede en el caso de la adopción simple, que sí crea un vínculo de filiación entre el niño y los adoptantes.

La sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> de la Corte de Casación de 9 de julio de 2008 (núm. 08-20279) revocó la sentencia recurrida, que había acordado la adopción plena de un niño nacido en Argelia, solicitada un año después de la constitución de la «kafala», la cual había tenido lugar, cuando el niño contaba con 4 meses de edad. La Corte de Apelación había justificado su decisión con los argumentos de que, a pesar de la prohibición de la adopción en Argelia, las autoridades de este país confían niños a extranjeros, sabiendo que están destinados a ser adoptados, y que, en el concreto caso

enjuiciado, el menor había sido abandonado de manera definitiva e irrevocable, que no tenía una filiación conocida y que, dado que estaba previsto que se quedara en Francia, tenía interés en tener una filiación y en ser adoptado. Sin embargo, la Corte de Casación, consideró que dicha argumentación era contraria al art. 370.3 Código Civil, dado que el Derecho argelino prohíbe la adopción y el niño no había nacido en Francia.

## **2. Posibilidad de prescindir de la propuesta previa de la administración en el procedimiento de adopción, con certificado de idoneidad**

Si, según ha quedado expuesto, la «kafala» en la que concurren los requisitos del art. 34 L 54/2007, se reconoce en España, al menos, como un acogimiento familiar, parece lógico pensar que, por aplicación del art. 176.2.3.ª CC, en el caso de que el «kafil» solicite la adopción del «makfoul», no necesite la propuesta previa por parte de la entidad pública correspondiente con certificado de idoneidad, aunque, la misma, conforme a lo previsto en el art. 177.3.4.º CC, deba ser «simplemente oída» por el juez, «a fin de apreciar la idoneidad del adoptante».

Sin embargo, lo cierto es que, en este punto, existe una jurisprudencia contradictoria.

### **A) Jurisprudencia favorable**

Los AAP Barcelona, Secc. 18.ª, de 8 de julio de 2008 (LA LEY 135812/2008) y de 30 de octubre de 2008 (LA LEY 246856/2008) sostienen, incluso, una solución, que va más lejos de la propuesta. Revocan las resoluciones recurridas, las cuales habían denegado la adopción de un niño marroquí, solicitada por el «kafil», entre otras razones, por no haber mediado propuesta previa de la entidad pública competente, conforme a lo previsto en el art. 120 Código de Familia de Cataluña, precepto éste que dispensa de dicha exigencia, si el menor hace más de un año que está en situación de acogimiento pre-adoptivo y dicha medida no ha sido revisada en el momento de iniciarse el expediente de adopción. En ambos casos, ese período del año no había transcurrido, por lo que, si nos atenemos al tenor literal de la norma, parece que debía exigirse la propuesta previa. No obstante, la Audiencia entendió que, en el caso de constitución de una adopción de un menor extranjero que se encuentra en régimen de acogimiento familiar, no se requiere la propuesta previa de la entidad pública, aunque no haya transcurrido un año desde el inicio del acogimiento, debiéndose limitar, en este supuesto, su actuación, simplemente, «a garantizar la concurrencia de las condiciones de idoneidad del adoptante o adoptantes y el positivo seguimiento del acogimiento una vez el menor se traslada a España». En apoyo de esta solución argumentan que en el Proyecto del Código Civil de Cataluña, «se establece expresamente en el art. 235-45, que no es necesaria la propuesta previa de la entidad pública, en las adopciones de menores extranjeros en situación análoga al acogimiento o a la tutela constituida en el extranjero».

El AAP Guipúzcoa, Secc. 3.ª, de 4 de junio de 2008 (LA LEY 288729/2008) revocó el recurrido, el cual había acordado la adopción, exclusivamente, en favor de la mujer a quien las autoridades marroquíes habían concedido la «kafala» de un niño (de aproximadamente tres meses de edad), porque, a pesar de que dicha adopción había sido pedida conjuntamente por la «kafil» y el varón con el que convivía (*more uxorio*), la unión de hecho que formaban se había roto en el curso del procedimiento. La Audiencia justificó la revocación por incongruencia de la resolución recurrida, ya que «habiéndose solicitado la adopción por una pareja de hecho (...) no puede atenderse la petición de adopción individual, pues ello supondría alteración de la *causa petendi* y del objeto del procedimiento». Nos interesa aquí la declaración *obiter dicta*, en la que (en relación con el art. 176 CC), se afirma que, dado que la «kafala» había sido concedida a la mujer «hubiera sido precisa la propuesta de la entidad pública con la declaración de idoneidad, o al menos haber sido oída» aquella «en relación al varón, por no estar éste «incurso en las causas de exención de dicho precepto legal al no haber tenido al menor en acogimiento, ni tutela». De donde se deduce, que, a juicio de la Audiencia, no era necesaria

«la propuesta de la entidad pública con la declaración de idoneidad» respecto de la «kafil».

El AAP Valladolid, Secc. 1.ª, de 11 de diciembre de 2008 (LA LEY 321533/2008) confirmó el recurrido, que había denegado la solicitud de adopción de un niño marroquí, presentada por las personas en favor de las cuales se había acordado la «kafala», porque al tiempo de iniciarse el procedimiento no había transcurrido todavía el plazo de un año, durante el cual debe haber existido el acogimiento familiar para ser dispensado del requisito de presentación de propuesta previa (art. 176.2.3.º CC); y, porque tampoco había tenido lugar la audiencia de la administración competente para apreciar la idoneidad de los adoptantes (el art. 177.3.4.º CC). En el recurso de apelación los solicitantes sostuvieron que el plazo del año ya había transcurrido, cuando se ratificaron en su solicitud; y, así mismo, que habían aportado al expediente una certificación de idoneidad, expedida por los servicios sociales, antes de que en Marruecos se acordara la constitución de la «kafala» en su favor. Frente a ello, la Audiencia afirma que «aunque pudiese salvarse el requisito temporal» del art. 176.2.3.º, en ningún caso, podía entender cumplido lo previsto en el art. 177.3.4.º, resultando claramente de los términos en que aparece redactado el precepto que «esa audiencia de la entidad pública para la apreciación de la idoneidad ha de ser posterior al tiempo (más de un año) en que el adoptando haya sido acogido por las personas que pretendan la adopción».

#### **B) Jurisprudencia contraria**

Contrariamente a lo que aconteció en los casos expuestos, el AAP Tarragona, Secc. 1.ª, de 23 de junio de 2008 (LA LEY 162805/2008) confirmó el recurrido, el cual había denegado la adopción solicitada por la persona a la que se había otorgado la «kafala» en Marruecos. En el recurso de apelación, el «kafil» argumentó que el art. 120.3 Código de Familia de Cataluña (al igual que lo que dispone el art. 176.2.3.º CC) exige de la necesidad de propuesta previa del organismo competente, cuando el menor hace más de un año que se encuentra en situación de acogimiento. Sin embargo, la Audiencia Provincial, a pesar de admitir la equiparación entre «kafala» y acogimiento familiar, sostiene que: «Esta equiparación no permite prescindir de la intervención y control de las autoridades estatales y, por tanto, no cabe atribuir la iniciativa para la adopción al adoptante».

El AAP Cádiz, Secc. 5.ª, de 11 de diciembre de 2008 (LA LEY 238024/2008), confirmó también el recurrido, que había denegado la adopción de un menor, solicitada por un matrimonio, uno de cuyos cónyuges (el marido) tenía la nacionalidad marroquí y el otro (la mujer) la española, entendiéndose que no había habido una declaración de idoneidad por parte de la administración pública española. El niño, nacido en Tetuán y abandonado en un hospital de dicha ciudad, había sido confiado a dicho matrimonio, mediante «kafala» judicialmente constituida, cuando el menor tenía una edad de 18 meses; posteriormente, había sido trasladado a Ceuta, donde un juzgado había atribuido la tutela del mismo al marido. La Audiencia tuvo en cuenta que la mujer no había tenido intervención alguna en el expediente, el hecho de que «sin entrar en la constitución del instituto tutelar, fuera del conocimiento de la Sala, nos hallamos en definitiva ante una situación inicialmente solventada en el país de origen del pupilo, conforme a su ley nacional» y, por último, que conforme al art. 176 CC, la adopción «se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando e idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, y en el supuesto de autos no se ofrecen méritos para considerar preservado el beneficio e interés prioritario del menor, principio de rango constitucional, ni, desde luego, encuentra soporte alguno el juicio de idoneidad indispensable para la legitimación del aspirante promotor del expediente».

#### **IV. NACIONALIDAD Y «KAFALA»**

Para tratar las cuestiones que la «kafala» plantea en materia de nacionalidad, hay que distinguir, según que, en el

momento de constitución de la misma, el «kafil» sea, o no, español.

#### 1. Constitución de «kafala» en favor de «kafil» español

En el caso de que la «kafala» haya sido acordada en favor de un «kafil» español, el «makfoul» no adquiere, por este hecho, la nacionalidad española de origen.

***Dado que la «kafala» no es una adopción, es claro que, a los efectos de obtención de la nacionalidad, la situación del «makfoul» no puede ser equiparada a la del menor de edad que sea adoptado por un español, el cual, según el art. 19 CC, adquirirá la nacionalidad española desde el momento de la adopción.***

Por lo tanto, el «makfoul» conservará su propia nacionalidad.

#### 2. Constitución de «kafala» en favor de «kafil» extranjero, que posteriormente adquiere la nacionalidad española por residencia

En la práctica, se ha planteado si el «makfoul» podrá adquirir la nacionalidad española por opción, en virtud de lo dispuesto en el art. 20.1 a) CC, si el «kafil» extranjero, al tiempo de la constitución de la «kafala», posteriormente, adquiere la nacionalidad de nuestro país por residencia.

El precepto prevé que puedan optar por la nacionalidad española «Las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español».

Las RRDGRN de 1 de febrero de 1996 (LA LEY 6513/1996) y de 21 de marzo de 2006 (LA LEY 48211/2006), que examinaron el supuesto descrito, han respondido a esta cuestión negativamente.

Afirman, así, que: «En el Derecho español las relaciones de patria potestad son las que tienen lugar entre padres e hijos, de modo que presuponen que la filiación por naturaleza o adoptiva esté determinada legalmente. Por esto, cuando la ley española concede, en determinadas condiciones, el derecho a optar por la nacionalidad española a quienes estén o hayan estado sujetos a la patria potestad de un español (cfr. art. 20 CC), esta institución ha de ser calificada con arreglo a la ley española (cfr. art. 12.1 CC). La sola circunstancia de que un matrimonio se haya hecho cargo de la educación y custodia de un menor de edad no es, pues, suficiente para que este menor pueda optar a la nacionalidad española de uno de los cónyuges porque no existe la base —la patria potestad— que justifica la opción». Más adelante, añaden: «la "adopción" constituida ante funcionarios o autoridades marroquíes no guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el Derecho español: no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados; no implica alteración en el estado civil de éstos y sólo alcanza a establecer una obligación personal por la que el "adoptante" o "adoptantes" se hacen cargo del "adoptado" y han de atender a sus necesidades y manutención».

### **V. LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA EN ESPAÑA Y LA CONCESIÓN DE VISADO PARA REAGRUPACIÓN FAMILIAR**

Para que el «makfoul» pueda trasladarse a España necesitará que se le autorice la residencia en nuestro país y que se le conceda visado para reagrupación familiar.

En la práctica los casos litigiosos se han producido cuando el «kafil» es un extranjero con residencia legal en España.

El art. 17 c) L 4/2000, Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, de 11 de enero, dispone que el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los menores de 18 años, cuando «sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español».

### **1. Instrucción de la Dirección General de Inmigraciones de 27 de septiembre de 2007**

La Instrucción de la Dirección General de Inmigraciones de 27 de septiembre de 2007, en relación con dicho precepto, distingue claramente dos situaciones, que guardan relación con el normal modo de proceder en los países islámicos (al menos, en Marruecos y Argelia), en los que, según se ha expuesto, el acogimiento se acuerda privadamente ante notario, por los padres del niño y la persona que se hará cargo de él; y (necesariamente) en un proceso judicial, previa declaración de abandono, cuando no se conoce a los padres del menor.

**a)** La primera de las hipótesis es que la «kafala» haya sido constituida por los padres del niño, en cuyo caso se entiende que el «kafil» no puede ser considerado un «representante legal» del menor extranjero. Así pues, «la acogida habrá de tener en todo caso carácter temporal», por lo que el visado para la entrada en España habrá de tramitarse conforme a lo previsto en el art. 93 Reglamento de la LO 4/2000, aprobado por RD 2393/2004, en el que se regula el desplazamiento temporal de menores extranjeros.

*«De acuerdo con el citado precepto, el visado de estancia de un menor extranjero con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones, cuando la estancia no corra a cargo de quien ejerza su patria potestad o tutela, requerirá autorización expresa de quien la ejerza, así como informe previo favorable del Subdelegado del Gobierno o Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, en cuyo territorio vaya a permanecer el menor, verificándose que la familia o persona que acoge al menor expresa por escrito su conocimiento de que la acogida no tiene por objeto la adopción y su compromiso de favorecer el retorno del menor a su país de origen o de procedencia.»*

**b)** La segunda de las hipótesis es que la «kafala» no haya sido constituida por los padres biológicos del niño, sino a través de un procedimiento, administrativa o judicial, en el que ha intervenido la Autoridad Pública, «en orden a la protección del interés del menor». En este caso, sí se entiende establecido «un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa», por lo que al residente en España se le considera «representante legal» del menor. Por consiguiente, «la acogida podrá tener carácter permanente» y procederá la tramitación de un visado de residencia por reagrupación familiar, con apoyo en el citado art. 17 c) LO 4/2000.

### **2. La posición de la jurisprudencia**

La jurisprudencia sigue el criterio expuesto por la Instrucción de 27 de septiembre de 2007, admitiendo la concesión del visado por reagrupación familiar, aunque el menor tuviera padres o tutores ordinarios, siempre que hubiera mediado la previa declaración de desamparo del mismo.

Así resulta de la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.ª, de 9 de julio de 2009 (LA LEY 189247/2009), según la cual «cuando se ha otorgado la kafala de un menor por una autoridad pública, administrativa o judicial, la misma es asimilable a la tutela dativa en el supuesto de que el menor careciera de padres, en cuyo caso se puede considerar al ciudadano español o al extranjero residente en España representante legal del menor extranjero,

razón por la cual la acogida podría tener carácter permanente y sería válida la vía de la reagrupación familiar para que pudiera trasladar su residencia a España». A continuación, precisa: «Y si se tratara de un menor cuyos padres biológicos estuvieran vivos o si aquél estuviera sometido a tutela ordinaria, además de otorgarse la kafala por la autoridad pública a la persona que ésta determinara, sería preciso que, con carácter previo, se hubiera declarado, también por autoridad administrativa o judicial, el desamparo del menor, en cuyo caso la situación podría asimilarse al acogimiento familiar porque la declaración del desamparo comportaría la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, y la persona a la que se le hubiera confiado la guarda del menor sería su representante legal mientras tal situación persistiese, por lo que, durante ese tiempo, el menor también podría residir en España a título de reagrupación familiar». Sin embargo —añade el Tribunal— «cuando la kafala se otorga por los padres biológicos, sin intervención judicial ni administrativa, y sin previa declaración de desamparo, la persona a la que se le ha confiado la guarda no puede considerarse representante legal del menor en España, porque nuestro Ordenamiento Jurídico lo impide, ya que la patria potestad se ha de ejercer siempre en beneficio del menor y comprende los deberes y facultades de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarle, educarle, procurarle una formación integral, representarlo y administrar sus bienes; como dichos deberes y facultades trascienden del ámbito meramente privado, su ejercicio no es facultativo, sino obligatorio, por lo que tienen carácter indisponible e irrenunciable, lo que impide el abandono de la patria potestad y determina que sólo pueda extinguirse o suspenderse por causa legal. Y lo mismo cabe predicar, en su caso, de la tutela ordinaria».

Con apoyo en la jurisprudencia, podemos formular los siguientes criterios sobre la materia que nos ocupa.

***A) Concesión de visado para la reagrupación familiar, cuando la «kafala» se ha constituido en un procedimiento administrativo o judicial***

El visado debe concederse, cuando la «kafala» se ha constituido en un procedimiento administrativo o judicial por la autoridad pública competente y se ha constatado la situación de desamparo del menor (si éste tiene padres o tutores), en cuyo caso el «kafil» es equiparado a un tutor dativo.

La STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.<sup>a</sup>, de 14 de marzo de 2008 (LA LEY 81452/2008), aun expresando sospechas de fraude, estimó el recurso contra la denegación de solicitud de visado de 4 menores, confiados por las autoridades judiciales marroquíes a su madre, a pesar de concurrir circunstancias, que se califican de «extrañas». Se resalta así que «el progenitor es Juez en el Tribunal de Taza y residente en Nador, la ciudad limítrofe con Melilla de la que tan sólo la separa un paso fronterizo que rompe la calle que uniría ambas ciudades. La madre reside legalmente y trabaja precisamente en Melilla»; así mismo, la existencia de «un convenio notarial suscrito por ambos progenitores y ratificado por sentencia judicial precisamente del Tribunal de Taza por el que el padre transfiere de manera permanente la guarda, custodia y tutela de los hijos a la esposa». En la decisión, pesó, en palabras del propio Tribunal, la «anómala posición» de los hijos, «con un padre que los "olvida" porque la ley se lo permite y una madre que no puede atenderlos al otro lado de la verja y que es con quien mejor atendidos pueden estar»; y concluye: «Ante este panorama (...) el interés de los menores es determinante y debe ser atendido por más que todo lo acaecido y el modo en que ha sucedido deje un pozo de dudas y suposiciones».

La STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.<sup>a</sup>, de 2 de octubre de 2008 (LA LEY 210752/2008) revocó igualmente la resolución recurrida, denegatoria del visado de un menor encomendado por las autoridades judiciales marroquíes a su tía. Argumentó que «la "kafala" no fue constituida por sus padres biológicos sino por los Tribunales marroquíes, dada la situación de abandono del menor (...) al no tener sus padres medios suficientes para atenderle, siendo instituida tutora dativa [su tía] doña Cata quien se entregó el menor en virtud de resolución judicial y

habiéndose autorizado también judicialmente que (...) abandonara Marruecos».

**B) Denegación de visado, cuando la «kafala» se ha acordado privadamente o por acta notarial**

Por el contrario, se entiende que no procede el visado en los casos de ausencia de procedimiento judicial o administrativo de constitución de la «kafala».

En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la STSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.ª, de 30 noviembre de 2007 (LA LEY 341300/2007), que distingue dos tipos de «kafala»: por una parte, la «que se realiza sobre menores huérfanos o de padres desconocidos sobre los que existe declaración judicial de abandono, acto en el que interviene el Juez y el Ministerio Fiscal en todo el procedimiento y por la que el Juez de Tutela confiere la guarda legal y la representación del menor»; y «otra modalidad, que sería la que pretende ser aplicada en el presente supuesto, que es realizada por los propios padres, pero que en la que éstos mantiene la tutela legal, lo que evidentemente descarta su equiparación» a la tutela dativa; por lo que confirmó la denegación del visado solicitado.

Así mismo, la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.ª, de 5 de junio de 2008 (LA LEY 117114/2008), que confirmó la resolución recurrida, la cual había denegado la concesión de visado para reagrupación familiar. Argumenta que la «kafala» «se ha otorgado por los padres biológicos y sin intervención judicial ni administrativa, sino sólo mediante un acta notarial, es decir, mediante un procedimiento en que los intereses del menor no se han protegido ni garantizado por una autoridad pública», por lo que el «kafil» (que era la tía del «makfoul») no puede ser considerada «representante legal de dicha menor a los efectos de la reagrupación familiar».

La STSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2.ª, de 23 de septiembre de 2008 (LA LEY 193437/2008) confirmó también la denegación del visado, en un caso de constitución de «kafala», sin intervención de autoridad pública. El recurrente había presentado un acta en el que constaba la siguiente declaración del padre del «makfoul»: «Yo abajo firmante [...] declaro por la presente que mi hijo legítimo [...] está a cargo de su hermano [...] quien lo mantiene económicamente por sus propios recursos en todos los aspectos de la vida cotidiana tales como: alimento, ropa, asistencia médica, escolarización etc. Asimismo, en mi calidad de padre del menor, otorgo poder a favor del hermano del mismo arriba reseñado para que éste, ante las autoridades competentes y Consulados tanto de Marruecos como en España, me represente y lleve a cabo todos los trámites que conciernan a mi hijo menor susodicho». Observó el Tribunal que: «Del tenor literal del acta se infiere que entrega al menor en acogimiento, sin pérdida por el progenitor de la patria potestad ni de la representación legal, y sin creación de un derecho de filiación, por lo que no puede equipararse a la tutela ni a la adopción»; y concluyó: «Puesto que en el supuesto de autos la "kafala" se instituye por el padre del menor, y no por la autoridad pública en un supuesto de orfandad o abandono del menor, es obligado concluir que no confiere al hermano solicitante del reagrupamiento la condición legal de representante legal del menor, por lo que no es un supuesto de reagrupamiento» [que encuentre acomodo en el art. 17 c) LO 4/2000].

Igualmente, la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.ª, de 16 de junio de 2009 (LA LEY 175679/2009) desestimó el recurso contra la denegación del visado, con el argumento de que la «kafala» se había otorgado, sin intervención de autoridad pública, «por los padres biológicos de los menores». Observa que: «el derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores es un derecho-función que trasciende del ámbito meramente privado y hace que su ejercicio sea obligatorio, y no facultativo para su titular, por lo que tiene carácter indisponible e irrenunciable, impide a quien la ostenta abandonarla»; y concluye: «Puesto que nuestro Ordenamiento Jurídico no consiente actos dispositivos de los padres sobre el derecho-función de la patria potestad, no es posible considerar a la recurrente tutora» (de los 2 menores, que eran sus hermanas).

En el mismo sentido se orienta la ya citada STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.ª, de 9 de julio de 2009. Dice, así, que: «En el caso litigioso la kafala se ha otorgado por los padres biológicos, sin declaración de desamparo y sin intervención judicial ni administrativa, por lo que los intereses de las menores no se han protegido ni garantizado mediante un procedimiento tramitado y resuelto por una autoridad pública, y, en estas circunstancias, no puede atribuirse a la kafala constituida a favor del recurrente los efectos que se pretenden en la demanda, porque el orden público español no consiente actos dispositivos de los padres sobre el derecho-función de la patria potestad, de ahí que, al no poder considerarse en España (al recurrente) representante legal de sus hermanas (...) no resultaba procedente la concesión de los visados solicitados, por no ajustarse a ningún supuesto legal de reagrupación familiar, ni, por consiguiente, procede estimar ahora el presente recurso contencioso administrativo».

**C) Denegación, cuando, a pesar de haberse constituido la «kafala» con intervención de autoridad pública, se deduce claramente la existencia de un fraude**

La intervención de autoridad pública en la constitución de la «kafala» no puede llevar a conceder el visado, si del examen de las circunstancias del caso se deduce, claramente, la existencia de un fraude.

Así resulta de la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.ª, de 11 de junio de 2008 (LA LEY 117151/2008), que confirmó la denegación de visado en favor de un menor en edad laboral (tenía 17 años), cuya «kafala» se había encomendado judicialmente al padre, residente en España, quedando los otros 5 hermanos, de menor edad, en Marruecos al cuidado de la madre. Dice, así: «Cierto que hay un auto de Kafala, especie de tutela dativa, a favor del padre por cesión de la madre quien conforme a la legislación marroquí ejerce la patria potestad en cuanto único cónyuge residente en el país, pero aparte de que tal sustitución no ha sido refrendada por sentencia judicial, viene referida en exclusión a este hijo y no a los demás en claro fraude de ley para posibilitar el viaje a España antes de los 18 años, y luego, muy previsiblemente, se irá haciendo lo mismo con los demás según vayan acercándose a la edad adecuada. No se trata entonces de una verdadera "reagrupación familiar" sino de una vía para eludir los cauces normales de entrada y trabajo de extranjeros».

**VI. PENSIÓN DE ORFANDAD EN EL CASO DE MUERTE DEL «KAFIL»**

Una de las cuestiones que recientemente ha provocado litigios es la de, si muerto el «kafil», el «makfoul» tendrá derecho a pensión de orfandad.

En principio, parece que está cuestión habría de ser respondida negativamente, ya que, el art. 175.1 Ley General de Seguridad Social reconoce dicho derecho a «cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación».

La STS, Sala de lo Social, de 3 de noviembre de 2004 (LA LEY 331/2005) ha tenido ocasión de pronunciarse a propósito de esta norma, precisando que la filiación «sólo tiene lugar por naturaleza o por adopción y, consecuentemente, el acogimiento familiar permanente no es en el momento presente una situación protegida por la prestación de orfandad»; y, más adelante que «La Sala no estima que se haya violado el principio de igualdad por el hecho de que el fallecimiento de la causante origine prestación de orfandad a favor de su hijo por naturaleza y no a favor de la acogida familiarmente y ello, porque la naturaleza, constitución y efectos de ambas situaciones son distintas y su régimen regulador en el Código Civil también es diferente».

Dado que, según se expuesto reiteradamente, la «kafala» no produce un vínculo de filiación, sino una situación de acogimiento o, en su caso, de tutela, no parece que el «makfoul» pueda ser considerado «uno de los hijos del

causante», de los que habla el art. 175 Ley General de la Seguridad Social, por lo que no debiera tener derecho pensión a de orfandad, en caso de muerte del «kafil».

Sin embargo, lo cierto es que la STSJ Madrid, Sala de lo Social, Secc. 3.ª, de 31 de enero de 2008 (20735/2008), confirmando la sentencia recurrida, concedió la pensión de orfandad a dos menores marroquíes, por muerte de uno de los «kafil», en un complejo razonamiento, cuyo argumento esencial es el recurso al principio de igualdad. Se refiere, así, a «la necesidad de procurar una equiparación de derechos que satisfaga las necesidades de los hijos a los que su ley personal impide acceder a la institución de la adopción en idéntica medida que los que pueden ser adoptados, pues aquéllos no deben sufrir una peor situación económica familiar por el hecho de que sus padres no puedan adoptarles».

Entiendo que este argumento es muy discutible. En primer lugar, porque, si bien es cierto que los menores abandonados no podrán ser adoptados en sus países de procedencia, sin embargo, si lo podrán ser en España, conforme la legislación española, cuando tengan su residencia habitual en nuestro país en el momento de constitución de la adopción o cuando hayan sido o vayan a ser trasladados a España con la finalidad de establecer su residencia habitual aquí ( art. 17.1 L 54/2007). En segundo lugar, porque los menores sujetos a «kafala», institución que en España sólo puede ser equiparada a un acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela ( artículo 34 de la Ley 54/2007), pasan a tener mejor condición que los menores, cuyo acogimiento se ha realizado en territorio nacional conforme a las leyes españolas, lo que, sencillamente, es absurdo.

No obstante el ATS, Sala de lo Social, Secc. 1.ª, de 10 de febrero de 2009 (LA LEY 9265/2009) ha desestimado el recurso de casación para unificación de doctrina, interpuesto por el Instituto Nacional de Seguridad Social contra esta sentencia, entendiendo que no existe contradicción entre la misma y la del Supremo de 3 de noviembre de 2004, porque los supuestos de hecho de ambas son distintos», al referirse la última de ellas «a un supuesto de acogimiento permanente conforme a la legislación española».