

**LA KAFALA MARROQUÍ: PROBLEMAS DE AYER, HOY Y MAÑANA \***

**NURIA MARCHAL ESCALONA**

Profesora Titular de Derecho internacional privado

UNIVERSIDAD DE GRANADA

Email: nmarchal@ugr.es

**Resumen:** La *kafala* es una institución que posee un marcado carácter religioso. No se trata sólo de mantener y cuidar a un menor, sino también de educarlo en la fe musulmana. El incumplimiento de esta obligación ha motivado la reacción del Gobierno marroquí, que ha vetado a los extranjeros no residentes en Marruecos la posibilidad de constituir una *kafala*. No obstante, a pesar de dicha prohibición, la *kafala* marroquí continuará planteando problemas a las autoridades españolas. El objeto del presente trabajo es, pues, analizar tanto los viejos, como los problemas que podrán presentarse en el futuro.

**Palabras clave:** Derecho de Familia internacional, medidas de protección del menor, *kafala marroquí*, reconocimiento, efectos.

**Abstract:** *Kafala* is an institution with a significant religious component. This is not only a matter of care and maintenance a child, but also to educating him/her in the Muslim Religion. Failure to comply with this requirement has motivated the Moroccan Government reaction vetoing to foreign non resident in Morocco the possibility of setting a *kafala*. Despite this prohibition, the Moroccan *kafala* still poses problems to the Spanish authorities. This paper has the aim of analyse both, old and new problems.

**Key words:** International Family Law, Protection Measures for Minors, Moroccan *Kafala*, Recognition, Effects.

---

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de excelencia P09-SEJ-4738: “Análisis transversal de la integración de mujeres y menores nacionales de terceros Estados en la sociedad andaluza”, subvencionado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía.

## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho de Familia es uno de los puntos cruciales que diferencian y separan al mundo occidental y el oriental. En la civilización occidental, el Derecho de familia se asienta sobre los principios de laicidad, igualdad y libertad; mientras que en los sistemas jurídicos islámicos su configuración está íntimamente ligada a las tradiciones y a las concepciones religiosas<sup>1</sup>. La influencia de la religión en el Derecho islámico también tiene su plasmación en lo relativo a la protección jurídica del menor. En la mayor parte los países de religión musulmana la adopción (*At-Tabani*) está prohibida, salvo excepciones (*ad ex. Túnez*)<sup>2</sup>. En el Islam los lazos de familia se basan en las relaciones sanguíneas. Ahora bien, el hecho que en estos países no se contemple la adopción como medida de protección del menor, no significa que no existan otras modalidades de protección del mismo. De hecho, la máxima medida de protección de la que puede gozar un menor en tales países, y que substituye a la adopción del mundo occidental, se conoce con el nombre de *kafala*<sup>3</sup>. Esta institución se define como aquella en virtud de la 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 (Ley marroquí nº 15-01 relativa a la *kafala* de los menores abandonados<sup>4</sup>). No se trata sólo de mantener y cuidar a un menor, sino también de educarlo en la fe musulmana. De ahí, la exigencia de que los *kafiles* sean musulmanes o, en su caso, de que se conviertan. De hecho, el incumplimiento de esta obligación por parte de los extranjeros que han constituido *kafalas* sobre menores marroquíes para su posterior traslado a occidente, es lo que ha motivado que el Ministerio de Justicia y Libertad marroquí emitiera, en septiembre de 2012, la Circular nº 40 S/2. En la misma se insta a las autoridades marroquíes

<sup>1</sup> CHARFI, M., “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, págs. 321-454.

<sup>2</sup> Sobre el origen de esta prohibición *vid.* ZEKRI, H., “La *kafala* en el Derecho marroquí”, en AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAPP, 2009, págs. 12-14.

<sup>3</sup> No obstante, también es cierto que su configuración, así como sus requisitos formales y sus distintas modalidades, presentan diferencias considerables, según el ordenamiento islámico que se tome de referencia (DIAGO DIAGO, P., “La *kafala* islámica”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 2, 2010, págs. 140-164).

<sup>4</sup> Su promulgación tuvo lugar por *Dahir* nº. 1-02-172, de 13 de junio de 2002 (*BORM* de Marruecos núm. 5036, de 5 de septiembre de 2002).

competentes para constituir la *kafala* que comprueben si el solicitante extranjero reside habitualmente en territorio nacional marroquí, y denieguen su concesión si no la tuviera. Es decir, lo que dicha Circular prohíbe es la constitución de las denominadas “*kafalas* transnacionales”<sup>5</sup>. De esta manera, las autoridades marroquíes aseguran el estricto cumplimiento de las condiciones y de la finalidad que se persigue con esta institución, y que se concretan en el respeto de los orígenes del menor, su educación en la fe musulmana, así como el mantenimiento de la nacionalidad marroquí. Si los menores son desplazados a Europa, dicho control deviene imposible de realizar. A dicha Circular, le ha seguido una propuesta legislativa de reforma de la *kafala* judicial en Marruecos, en la que los requisitos para constituir la *kafala* por parte de los occidentales se recrudescen<sup>6</sup>.

Es cierto que podría pensarse, desde nuestra perspectiva de país desarrollado, que esta medida es contraria al “interés del menor”. En nuestro entorno, está claro que el interés de tales menores que, por regla general, viven en un orfanato y, en ocasiones, en unas condiciones lamentables, está en trasladarse a vivir a España o a otro país europeo, en donde encontrarían sus necesidades básicas cubiertas. No obstante, estaríamos cayendo en un grave error, en una concepción demasiado parcial de lo que es el “interés del menor”; un concepto que depende no sólo de los distintos países y ordenamientos jurídicos, sino de las diferentes culturas<sup>7</sup>. Y, está claro que en el mundo islámico el “interés del menor” pasa por educarlo en la fe islámica y respetar sus orígenes. De ahí que, la *kafala* no genere vínculo de filiación alguno entre el/os *kafil/es* y el menor.

---

<sup>5</sup> De hecho, a raíz de esta Circular del Gobierno marroquí las autoridades españolas han decidido, desde el 16 de octubre de 2012, no admitir solicitudes para *kafalas* dativas de menores marroquíes, suspender la tramitación de las valoraciones para *kafalas*, con independencia de la fase de tramitación en la que se encontrasen en las diferentes Comunidades Autónomas, así como no remitir, a partir de esta fecha, ningún expediente más a Marruecos. Una decisión que posee evidente repercusiones, sobre todo, para aquellos ciudadanos españoles que estaban a la espera de la entrega de un menor marroquí, o estaban siendo valorados para obtener el oportuno certificado de idoneidad.

<sup>6</sup> Vid. sobre la misma en [http://www.lemag.ma/La\\_Kafala-se\\_durcit-a70623.html](http://www.lemag.ma/La_Kafala-se_durcit-a70623.html). Consultado el 6 de junio de 2013.

<sup>7</sup> DURÁN AYAGO, A., “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, en AA.VV., *El Derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, págs. 295-318.

Es cierto que, en la práctica, la aplicación de esta Circular —a esperas de que se apruebe o no la reforma apuntada— conllevará un notable descenso del número de menores marroquíes que vendrán a España en régimen de *kafala*, pero, a nuestro juicio, no por ello las *kafalas* constituidas en Marruecos dejarán de presentar problemas ante nuestras autoridades, máxime si se tiene en cuenta tres factores. El primero, es que en Marruecos no hay un único tipo de *kafala*. Hay dos clases, y sólo se ha endurecido una de ellas: la llamada *kafala* judicial, constituida sobre menores declarados en abandono<sup>8</sup>. El segundo, es que existen noticias de que el Gobierno español se ha comprometido con Marruecos a no convertir las *kafalas* en adopciones, así como garantizar el seguimiento de estos menores en España, mediante modificaciones legales, con vistas a desbloquear los procesos de acogida de familias españolas que llevan esperando más de un año la entrega de un menor<sup>9</sup>. Esto significaría que a España podrían llegar menores en régimen de *kafala* sobre los que no se podrán constituir una adopción, debiendo ser educados en la fe musulmana hasta el cese de la *kafala*<sup>10</sup> —lo cual, a nuestro juicio, podría vulnerar el derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16 CE)—, y manteniendo la nacionalidad marroquí. Y, el último y tercer factor a tener en cuenta, es la numerosa inmigración marroquí que existe al territorio español. De hecho, la población marroquí representa el mayor volumen de población extranjera residente en España. Por lo que, es posible que nacionales marroquíes se trasladen a España con el menor una vez constituida la *kafala* en Marruecos.

El hecho de que la *kafala* sea una medida de protección del menor, pero no un mecanismo de integración del mismo en la familia, pues no genera vínculo familiar

<sup>8</sup> Para un análisis del mismo *vid.* ZEKRÍ, H., “La kafala...”, *loc.cit.*, *en op.cit.*, págs. 17-78.

<sup>9</sup> El Ministerio de Justicia ha asegurado que modificará, a tales efectos, la Ley de adopción internacional. Tales cambios serán introducidos en un Proyecto de Ley sobre la protección de la infancia, a instancia Del Ministerio de Sanidad (<http://www.elconfidencial.com/ultima-hora-en-vivo/2013/06/españa>, consultado el 18 de junio de 2013). Dicha reforma parece estar inspirada en las disposiciones del Código Civil francés en el que se prohíbe, salvo excepciones, la adopción de un menor cuya ley personal lo impida (art. 370-3º). De hecho, el 4 de octubre de 2012, el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre dictó una Sent, en el asunto *Harroudj v. Francia*, en la que se reconoció que una Ley que prohíbe la adopción no da lugar a una violación del artículo 8 ni del artículo 14 del Convenio Europeo de los Derechos del hombre. Los hechos que dieron lugar a la presente sentencia traen causa en la denegación de la petición de adopción de un menor argelino sobre el que se había constituido una *kafala* en Argelia por parte de un Tribunal francés. *Vid.* un comentario de la misma en CORNELOUP, S. *Revue critique de droit international privé*, vol. 1, 2013, págs. 161-172.

<sup>10</sup> *Vid. infra.*

alguno, además, de poseer un carácter provisional, dado que puede cesar bien por el transcurso del tiempo (cuando el menor cumpla 18 años), o bien por otras causas (muerte del *kafil*, etc.)<sup>11</sup>, junto al hecho de que en determinadas *kafalas* sean los mismos padres biológicos quienes cedan el cuidado de sus hijos a otras personas (pertenecientes o no al núcleo familiar) es lo que ha originado ciertos problemas y una gran recelo por parte de las autoridades españolas a la hora de conceder a tales menores la nacionalidad española en los casos en los que el/os *kafil/es* fuera/n español/es, de documentar legalmente la entrada de tales menores a España, de proceder a realizar el correspondiente asiento registral, de constituir o no *ex novo* la adopción de un menor venido en *kafala* a España o de concederle o no una pensión de orfandad<sup>12</sup>. Además, es evidente que el cambio que se avecina en nuestra normativa, para cumplir con las exigencias del Gobierno marroquí, planteará nuevos problemas, amén de los ya existentes. El objeto del presente trabajo es, pues, revisar los viejos y concretar los nuevos problemas que esta institución despliega y desplegarán en nuestro país en un futuro a la luz de los cambios legislativos que se avecinan tanto en Marruecos, como en nuestro país.

## II. LA KAFALA EN MARRUECOS

En Marruecos, existen dos clases de *kafala*. Por una parte, está la llamada “*kafala* intra-familiar/notarial”, denominada así porque el cuidado del menor lo confieren los propios padres biológicos a un miembro de la familia e, incluso, se realiza de padres a madres o viceversa, aunque, también ha habido casos en los que se ha entregado a un tercero ajeno al núcleo familiar. Se trata de una práctica o costumbre que carece de regulación legal expresa<sup>13</sup>. Este tipo de *kafalas* suelen presentar un carácter,

---

<sup>11</sup> Sobre las causas por las que puede cesar la *kafala* judicial *vid.* ZEKRÍ, H., “La *kafala*..”, *loc.cit.*, en *op.cit.*, págs. 80-82.

<sup>12</sup> MARCHAL ESCALONA, N., “La *kafala* islámica: problemática y efectos”, en AA.VV., I Congreso Internacional Retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI, Comares, 2013, págs. 245-278.

<sup>13</sup> De hecho, sobre esta solo tenemos constancia de la existencia de una Circular del Gobierno marroquí, de 7 de febrero de 1996, emitida para evitar que lo menores sobre los que se hubiera constituido una *kafala* se vean expuestos al abandono. En dicha Circular a 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. *Vid. el texto en*

normalmente, interno, es decir, se circunscriben al territorio marroquí, aunque pueda posteriormente internacionalizarse con su desplazamiento a otro Estado. Constituye un mero acuerdo privado entre las partes (progenitor/es- *kafil/es*) que puede oficializarse con la intervención de un notario. De ahí que, se le conozca bajo la denominación de “*kafala* notarial”, aunque no siempre interviene dicha autoridad. Es posible que sólo lo haga cuando el menor haya de desplazarse a otro Estado, aunque, en otros casos, dicho acto obtiene, además, una posterior ratificación judicial. No sabemos cuál llega a ser la función exacta que desempeña la autoridad judicial cuando interviene en este tipo de *kafalas*, así como tampoco el alcance de dicho pacto. Si solo se trata de una mera delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en la que la representación legal del menor la sigue/n ostentando el/os progenitor/es, como así ocurre en otros países de nuestro entorno (*ad ex.* Francia<sup>14</sup>), o una delegación en la que, además, los progenitores conceden al *kafil* la facultad de representar al menor, a efectos de que este pueda desarrollar correctamente sus funciones. La cuestión radica en saber hasta qué punto en este tipo de *kafalas*, los *kafiles* ostentan o no la representación legal del menor. La trascendencia que tiene la respuesta que se dé a esta cuestión es evidente, como veremos, en el ámbito del Derecho de extranjería y del Derecho de la nacionalidad.

Este tipo de *kafala* hay que distinguirla y diferenciarla de la *kafala* que se constituye sobre un menor que es declarado abandonado<sup>15</sup>. Dicha declaración procede cuando el menor sea hijo de padres desconocidos o cuando su padre sea desconocido y su madre lo haya abandonado voluntariamente, el menor sea huérfano o sus padres no puedan hacerse cargo de él o no asuman sus deberes de protección. De forma que, la *kafala* se constituye previa declaración de desamparo del menor por parte de los Tribunales marroquíes en un proceso judicial en el podrá otorgarse al *kafil* la tutela dativa o representación legal del menor, aunque también es posible que al *kafil* solo le

---

Anexo en AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, 2009, Madrid, FIIAPP, pág. 119.

<sup>14</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., “La patria potestad”, en AA.VV., *Tratado de Derecho de Familia. (VI). Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, (M. Yzquierdo Tolsada, M. Cuenca Casas, dirs.), Navarra, Thomson Reuters, 2011, págs. 47-88.

<sup>15</sup> Sobre dicho proceso *vid.* OUALD ALL, K., Y SAGHIR, T., “Acercamiento a la adopción en los países del Magreb”, en AA.VV. G. Esteban de la Rosa (Coord.), *Regulación de la Adopción internacional*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2007, págs. 84-113.

sean conferidas las facultades propias de su cargo (alimentos, protección y educación del menor) y que sea otra la persona designada para representar al menor<sup>16</sup>.

A la luz de lo visto, podemos afirmar que la *kafala* marroquí no es una institución unívoca. Lo mismo que hay distintas clases de *kafala* (según si ha sido el menor declarado en abandonado o no), el menor puede encontrarse en distintas situaciones. No todos los menores que vienen a España en *kafala* son menores abandonados (*kafala* intra-familiar/notarial), ni todos los menores declarados abandonados y sobre los que se constituye una *kafala* carecen de familia. Es importante, por tanto, diferenciar, ante qué tipo de *kafala* estamos, es decir, si el menor ha sido o no declarado previamente en abandono, así como si la filiación del menor es conocida o no, pues, los efectos que producen y los problemas que plantean en nuestro país son diversos.

### **III. LA KAFALA DE MENORES MARROQUÍES EN ESPAÑA: ASPECTOS DE NACIONALIDAD Y DE EXTRANJERÍA.**

#### **1. La *kafala* de menores marroquíes: ¿vía de atribución/adquisición de la nacionalidad española?**

Para las autoridades españolas, el menor sobre el que se ha constituido una *kafala* por parte de un *kafil* español no adquiere, por este hecho, la nacionalidad española —de origen—. La razón es bien sencilla. La *kafala* —sea judicial o notarial— no puede equipararse a una adopción y, por tanto, la situación del menor no puede ser equiparada a la del menor de edad que es adoptado por un español (art. 19 C.c.). Tampoco, según distintas resoluciones de la DGRN, podrían adquirir la nacionalidad

---

<sup>16</sup> Para un análisis en profundidad del procedimiento, los requisitos exigidos, así como los efectos que se derivan de la misma *vid.* Zekrí, H., “La kafala.”, *loc.cit.*, *en op.cit.*, págs. 8-81.

española por opción en virtud de lo dispuesto en el art. 20.1 a) C.c.<sup>17</sup>. Aunque, a nuestro juicio, esta postura, más cuando la *kafala* es judicial, es errónea<sup>18</sup>. Mayores dudas se plantean cuando la *kafala* es notarial, puesto que los progenitores que han cedido el cuidado del menor a un *kafil* español (de origen o naturalizado) siguen ostentando la patria potestad sobre el menor. Por lo que, el menor solo podría adquirir la nacionalidad española por el plazo abreviado de residencia de un año [art. 22.2º c) C.c.] por estar sujeto legalmente a tutela, guarda o acogimiento de un español durante dos años consecutivos, siempre y cuando dicha *kafala* sea válida en España, lo que significa que tendrá que pasar el control de validez o reconocimiento de las autoridades españolas<sup>19</sup>. Ahora bien, también es cierto que dicha posibilidad depende de cual sea la documentación que se le facilite al menor para venir a España y, en concreto, de si para las autoridades españolas la acogida del menor tiene, como veremos a continuación, carácter permanente o temporal; cuestión que depende del tipo de *kafala* que se haya constituido (notarial o judicial).

En cualquier caso, no hay que tener olvidado que una de las exigencias planteadas por el Gobierno marroquí para desbloquear las *kafalas* de familias españolas, es que se respete la nacionalidad de los menores venidos en régimen de *kafala* a España. De forma que, si el Gobierno español transigiera a las mismas, significaría que bajo ningún concepto los menores venidos a España en régimen de *kafala* podrían adquirir la nacionalidad española, ni siquiera por residencia. Lo que significaría que se debería

---

<sup>17</sup> Vid. las Resoluciones de la DGRN de 1 de febrero de 1996 (LA LEY 6513/1996) y de 23 de enero de 2004 (BOE. núm. 128, de 30 de mayo de 2006).

<sup>18</sup> A nuestro juicio, como el fundamento de la concesión del derecho de opción a la nacionalidad española se haya en la sujeción a la patria potestad de un español, no se puede concluir que las relaciones de patria potestad derivan sólo de una previa relación de filiación natural o adoptiva, tal y como se prevé en el Derecho material español, sino que de lo que se trata es de dilucidar hasta qué punto la *kafala* regulada en Derecho marroquí conlleva la sujeción del menor a la “patria potestad” del *kafil*. En España, la patria potestad comprende una serie de deberes y de facultades para su titular o titulares, a saber: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes. Si analizamos el contenido de la patria potestad, regulada en Derecho español, coincide, sino de forma absoluta, sí sustancialmente con las obligaciones que asume el *kafil* cuando se constituye una *kafala* en Marruecos, siempre, claro está, que el *kafil* ostente la tutela dativa o representación legal del menor. En tales casos, el menor podría adquirir la nacionalidad española, siempre que la *kafala* pudiera ser reconocida en España, es decir, cumpliera los requisitos establecidos, a tales efectos, en el ordenamiento jurídico español (MARCHAL ESCALONA, N., “La *kafala*...”, *loc.cit.*, págs. 252-254).

<sup>19</sup> Vid. *infra*.

reformular el Derecho de la nacionalidad en España (¿?) o, al menos, incluir en la Ley de adopción internacional<sup>20</sup> una previsión expresa en tal sentido, similar a la prevista en el art. 30.3º sobre las adopciones simples<sup>21</sup>.

## **2. Cuestiones de extranjería vinculadas a la *kafala* de menores marroquíes**

### **A. Entrada de menores marroquíes en régimen de *kafala* en España**

Al no poder adquirir la nacionalidad española, el menor marroquí sobre el que se ha constituido una *kafala* entra a territorio español como un extranjero, por lo que es necesario documentarle legalmente. Dicha entrada tiene lugar, a falta de previsión legal expresa, a través de lo establecido en la Ley de Extranjería<sup>22</sup> y su Reglamento de desarrollo<sup>23</sup>. Y ello, como veremos, con independencia de que la *kafala* haya sido constituida a favor de un nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o de nacional de un Estado Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de un nacional suizo a favor de un nacional de un tercer Estado. Ello se debe a que si el *kafil* del menor marroquí acogido mediante *kafala* fuera nacional español o residente nacional comunitario, suizo o del Espacio Económico Europeo no le será, con carácter general, de aplicación el régimen previsto 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 Europeo<sup>24</sup>, por no estar dicho menor marroquí incluido en la

<sup>20</sup> BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

<sup>21</sup> Según el cual: “*Las adopciones simples o menos plenas..... ni comportarán la adquisición de la nacionalidad española con arreglo al art. 19 C.c....*”.

<sup>22</sup> L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la L. O. 8/2000, de 22 de diciembre, por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, por la L.O. 145/2003, de 20 de noviembre, por la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre y por la L.O. 10/2011 de 27 de julio (BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000; corr.err. BOE núm. 20, de 24 de enero. BOE núm. 307 de 23 de diciembre de 2000; corr. err. BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2001. BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003. BOE nº 279 de 21 de noviembre de 2003. BOE núm. 299 de 12 de diciembre de 2009. BOE núm. 180, de 28 de julio de 2011).

<sup>23</sup> Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la L.O. 2/2009 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 201; corr.err. BOE núm. 145, de 18 de junio de 2011).

<sup>24</sup> BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007.

disposición adicional vigésima tercera del Reglamento de Extranjería 557/211, de 20 de abril<sup>25</sup>.

En concreto, la entrada en territorio de tales menores está regulada en la Instrucción de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, dictada el 27 de septiembre de 2007 (DGI/SGRJ/07/2007), sobre la *kafala*<sup>26</sup>, a efectos de unificar criterios para conceder la correspondiente autorización de entrada al territorio español, y que sustituye a otra Instrucción dictada por la DGI el 1 de diciembre de 2004<sup>27</sup>.

A tenor de dicha Instrucción, la documentación que deberá expedirse a dicho menor dependerá del tipo de *kafala* que haya sido constituida en Marruecos<sup>28</sup>. Así, por una parte, distingue, aquélla que ha sido constituida por autoridad pública extranjera, bien porque el menor sea huérfano, bien porque haya sido declarado en desamparo. En estos supuestos, la *kafala* no establece vínculo de filiación alguno, pero sí genera, según dicha Instrucción, un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa, por lo que la persona bajo cuya petición se ha constituido la *kafala* (*kafil*), se considerará su representante legal y, por tanto, la acogida de éste en territorio español tendrá carácter permanente. Al menor le será concedido el oportuno visado de residencia por reagrupación familiar, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 17.1º c) Ley de Extranjería que establece el derecho a la reagrupación de los menores de 18 años o incapaces, cuando el residente extranjero sea su representante legal (Sents. Tribunal

---

<sup>25</sup> A nuestro juicio, la aplicación de la normativa de extranjería a tales ciudadanos no resulta adecuada, máxime si tenemos en cuenta lo establecido en Derecho comunitario, *vid.* MARCHAL ESCALONA, N., “La *kafala* islámica.”, *loc.cit.*, *en op.cit.*, págs. 261-263.

<sup>26</sup> Debe considerarse en vigor. Y ello puesto que la Instrucción DGI/SGR/2/2011, sobre la vigencia de Instrucciones, Circulares y Oficios elaborados por la DGI, a partir de la fecha de entrada en vigor del Reglamento de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, tras su reforma por la L.O. 2/2009, aprobado por el R.D. 557/2011 de 20 de abril, no la deroga expresamente.

<sup>27</sup> Puede consultarse el texto en la página web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Inmigración y Emigración.

<sup>28</sup> En contra de ello, y a favor por consiguiente de un tratamiento igualitario, se ha manifestado, en relación con la Instrucción de 1 de diciembre de 2004, ARCE JIMÉNEZ, E., “La *kafala* marroquí y la legislación de extranjería”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, vol. 13, 2006, págs. 272 ss.

Superior de Justicia de Madrid de 9 de julio de 2009<sup>29</sup>, de 14 de marzo de 2008<sup>30</sup> y de 2 de octubre de 2008<sup>31</sup>, Sent. de la Audiencia Nacional de febrero de 2011<sup>32</sup>)<sup>33</sup>.

El otro tipo de *kafala* es la constituida por los padres biológicos del menor, con independencia de que haya intervenido en el proceso una autoridad pública, ya sea judicial o administrativa. Esta *kafala* no genera entre el menor extranjero y el *kafil* un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa. De este tipo de *kafalas* se ha ocupado también la DGI en la Instrucción DGI/SGRJ/01/2008 de 17 de enero de 2008<sup>34</sup>, sobre la reagrupación familiar de menores o incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal, de 17 de enero de 2008, afirmando que la Delegación o Subdelegación del Gobierno o la Oficina Consular ante la que se solicite el visado de residencia por reagrupación familiar debe denegar dicha solicitud cuando compruebe que el menor está legalmente bajo la patria potestad de sus progenitores biológicos, vivan unos o ambos y no exista una declaración judicial de desamparo. Para ésta, el hecho de que los progenitores biológicos cedan o deleguen la patria potestad en una tercera persona no tiene validez en España. Mantiene, por tanto, una interpretación errónea del término “representante legal”, a efectos de conceder el visado de residencia

<sup>29</sup> *La Ley*, 189247/2009.

<sup>30</sup> *La Ley*, 81452/2008.

<sup>31</sup> *La Ley*, 210752/2008.

<sup>32</sup> Núm. 161/2009.

<sup>33</sup> Si el *kafil* ostentare nacionalidad española, comunitaria, del Espacio Económico Europeo o suiza, el menor deberá obtener el oportuno visado de residencia por reagrupación familiar regulado en la Ley de extranjería con las correspondientes adaptaciones. Así, la documentación que habría de presentar el reagrupante, será la indicada en el artículo 56 del Reglamento de Extranjería, teniendo en cuenta que la copia de los documentos contenidos en el a) del párrafo 3º de dicho precepto —aplicables si el reagrupante fuese residente no comunitario— sería sustituida, según la Instrucción DGI/SGRJ/07/2007, si el reagrupante fuera ciudadano español, por la copia del Documento Nacional de Identidad; si el reagrupante fuera residente comunitario, por la copia del pasaporte o documento nacional de identidad, acompañada de copia del certificado de registro; o si el reagrupante fuera familiar de ciudadano de la Unión Europea, por la copia de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea. Además, los españoles y extranjeros residentes en España deberán obtener un informe previo de la Subdelegación del Gobierno para la tramitación del visado de residencia temporal por reagrupación familiar, que luego deberá presentarse en el consulado español correspondiente para la expedición del visado al menor. Una vez que el menor marroquí se encuentre en territorio español, el *kafil* tendrá que solicitar en el plazo de un mes la tarjeta de residencia para el menor. Sobre la documentación que es necesaria para obtener el correspondiente visado, *vid.* RODRÍGUEZ BENOT, A., “Eficacia de la *kafala* ante el ordenamiento español”, en AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Unidad de ejecución Proyecto ADL (coord.), Madrid, 2009, págs. 123-152.

<sup>34</sup> Consideramos que dicha Instrucción permanece en vigor, pues, como hemos señalado antes, la Instrucción DGI/SGR/2/2011 ni le afecta, ni la menciona.

por reagrupación familiar (Sents. de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía de 30 de noviembre de 2007<sup>35</sup>, de Madrid de 5 de junio de 2008<sup>36</sup>, de 16 de junio de 2009<sup>37</sup>, de 25 de junio de 2010<sup>38</sup> y del País Vasco de 23 de septiembre de 2008)<sup>39</sup>. Por lo que, en tales casos, los menores sólo podrán obtener de conformidad con el arts. 187-188 del Reglamento de extranjería 557/2011, de 20 de abril (anterior art. 93 del Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre<sup>40</sup>) el visado de estancia con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones<sup>41</sup>.

A nuestro juicio, la extensión a estos menores del régimen previsto en tales artículos no es acertada<sup>42</sup>. Qué duda cabe que la negativa a la solicitud de un visado de reagrupación familiar y la concesión de una documentación que sólo le autoriza a estar al menor temporalmente en territorio español le impide integración en nuestro país, lo que puede perjudicar indudablemente el “interés” del mismo. Se trata de una práctica absolutamente errónea y criticable, pues, si, según el art. 17 c) de la Ley de Extranjería, el visado de reagrupación se puede conceder a aquel que ostente la representación legal del menor, siempre que cumpla el resto de los requisitos legalmente establecidos y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español, dicha condición deberá verificarse a la luz de lo establecido en el sistema jurídico marroquí o con arreglo a los usos y costumbres existentes en dicho país. Es decir, las autoridades de extranjería españolas deberían dilucidar hasta qué punto la *kafala* notarial conlleva la concesión de la representación legal del menor al *kafil*. De forma que, si la misma comporta dicha titularidad debería concedérsele el visado de residencia por reagrupación familiar, aunque la *kafala* hubiera sido constituida sobre un menor que no ha sido declarado previamente en abandono. De

<sup>35</sup> *La Ley*, 341300/2007.

<sup>36</sup> *La Ley*, 117114/2008.

<sup>37</sup> *La Ley*, 175679/2009.

<sup>38</sup> *Aranzadi JUR* 2010/690.

<sup>39</sup> *La Ley*, 19347/2008.

<sup>40</sup> Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (*BOE* núm. 6, de 7 enero de 2005).

<sup>41</sup> Lo que imposibilita la tramitación de la adopción a la luz de lo establecido en el art. 4.3º de la Ley de adopción internacional.

<sup>42</sup> *Vid.* MARCHAL ESCALONA, N., “Nota a la Sent. del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de abril de 2008”, *Revista Española de Derecho internacional privado*, vol. 2, 2008, págs. 606-609.

hecho, así sucedió en las Sents. del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 21 de junio de 2005<sup>43</sup>, de Madrid de 23 de mayo de 2005<sup>44</sup> y de Andalucía de 21 de octubre de 2005<sup>45</sup>, en las que fue concedido dicho visado, no porque en ellas se reconociera que la *kafala* notarial genera un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa, sino porque consideraron que el *kafil* ejercitaba, a su entender, “un poder de representación” otorgado por el progenitor. No obstante, este razonamiento encuentra un obstáculo fundamental, a saber: la doctrina sentada por el T.S. en la Sent. dictada el 9 de diciembre de 2011<sup>46</sup>. En ella el T.S. deja claro que si el menor no ha sido previamente declarado en desamparo, no puede considerarse que quien asume la *kafala* sea aceptado como representante legal del menor. Fundamenta su postura, no en hecho de que la *kafala* notarial sea una institución contraria a los principios básicos del ordenamiento jurídico español (orden público), sino en la necesidad de una “interpretación conforme” de la normativa española de reagrupación familiar con la Directiva comunitaria que regula dicho aspecto. Además, deja claro que la negativa a la concesión del correspondiente visado por reagrupación familiar no supone una vulneración del Derecho a la vida en familiar, reconocido en el art. 16 de la Ley de Extranjería, ni de la normativa internacional que admite la validez de dicha institución (art. 20 del Convenio sobre los Derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990) y, en modo alguno, supone una decisión contraria a los “intereses del menor”, desde el momento en el que en Derecho español existen otros medios jurídicos distintos de la reagrupación familiar para permitir que los menores extranjeros puedan obtener un visado de estancia temporal en España.

A nuestro juicio, su razonamiento resulta discutible y llega a un resultado indeseable, tanto desde el punto de vista jurídico, como personal. No obstante, somos conscientes que esta decisión constituye una medida de control de los flujos migratorios. Lo que es comprensible, máxime si tenemos en cuenta que en los últimos

---

<sup>43</sup> Aranzadi *JUR* 2006\137207.

<sup>44</sup> Aranzadi *Westlaw* 2006/214863.

<sup>45</sup> Aranzadi *Westlaw* 2006/71643.

<sup>46</sup> Aranzadi *JUR* 2012/2630.

años está proliferando la constitución de *kafalas* fraudulentas, llamadas también “*kafalas* en blanco<sup>47</sup>”, es decir, aquellas cuyo fin último es defraudar la normativa de extranjería en materia de reagrupación familiar eludiendo así, los cauces normales de entrada y trabajo de extranjeros<sup>48</sup>. Es cierto que hay que combatir y erradicar este tipo de prácticas, pero, a nuestro juicio, la vía o el camino que utilizan nuestras autoridades no es el correcto. No hay que olvidar que para que una *kafala* constituida ante autoridad extranjera sea válida en España, antes debe ser reconocida, es decir, una *kafala* marroquí sólo surtirá efectos si cumple los requisitos legalmente establecidos, por lo que el fraude, sea cuál fuere el régimen de reconocimiento aplicable podría fiscalizarse perfectamente, a través del control de competencia del Tribunal de origen y, en todo caso, a través de la cláusula de orden público presente en las normas que regulan el reconocimiento de esta medida de protección del menor<sup>49</sup>.

### **B. Permanencia en España de menores marroquíes extranjeros sobre los que se ha constituido una *kafala***

No obstante, puede suceder que el menor marroquí sobre el que se constituyó una *kafala* se encuentre ya en territorio español. En tal caso y a tenor de lo establecido en la Instrucción de la DGI/SGRJ/07/2007 se podría solicitar una autorización de residencia temporal a favor del menor cuando se cumplan los requisitos del art. 186 del Reglamento de extranjería (Sent. del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de septiembre de 2004<sup>50</sup>). Y ello, con independencia de los eventuales casos en que se reunieran los requisitos legales y reglamentarios para obtener una autorización de

<sup>47</sup> QUIÑONEZ ESCÁMEZ, A., “Protección del menor venido a España en *kafala*: acogimiento con tutela dativa y, en su caso, adopción”, en AA.VV. *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Unidad de ejecución Proyecto ADL (coord), 2009, pág.189.

<sup>48</sup> Así, encontramos decisiones judiciales en las que se ha denegado el correspondiente visado por la existencia clara de fraude. Así, sucedió en la Sent. del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de junio de 2008, en la que se confirmó la denegación de un visado a favor de un menor en edad laboral (17 años), cuya *kafala* se había encomendado judicialmente al padre, residente en España, quedando los otros cinco hermanos, de menor edad, en Marruecos al cuidado de su madre (*La Ley*, 117151/2008). Frente a esta, está la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 14 de marzo de 2008, que resolvió a favor de la concesión del visado para la reagrupación familiar de los cuatro hijos de un matrimonio marroquí dados en *kafala* por el padre a la madre, para que pasaran a residir con esta en Melilla en un supuesto en que aparentemente no hubo intervención judicial para acordar dicha *kafala*. Y ello, por cuanto para el Tribunal el “interés” de los menores resultaba determinante.

<sup>49</sup> *Vid. infra*.

<sup>50</sup> *Aranzadi Westlaw 2006/94014*.

residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones humanitarias (art. 126 Reglamento de extranjería).

### **C. Situaciones especiales y Derecho de extranjería**

La *kafala* marroquí es una medida de protección de carácter temporal, lo cual puede plantear una serie de problemas, entre otros, desde el punto de vista del Derecho de extranjería. En concreto, la *kafala* judicial puede llegar a su fin por motivos relativos al *makful* y otros relativos al *kafil*. En relación con el menor, esta cesa cuando el menor alcanza la mayoría de edad o cuando fallece. Según el Derecho marroquí, se es mayor de edad en la Ley marroquí a los 18 años. No obstante, hay excepciones. El cese de la *kafala* por mayoría de edad no afecta a los menores con minusvalía o incapaces de trabajar para satisfacer sus necesidades ni a las niñas. Estas últimas quedan sometidas a la *kafala* hasta su matrimonio<sup>51</sup>. En todos los casos, la *kafala* llega a su fin si el *makful* fallece. De la misma manera, puede cesar si el *kafil* fallece o pierde su capacidad, si los esposos responsables de la *kafala* fallecen o pierden los dos su capacidad o se disuelve su matrimonio, o si se anula la *kafala* por decisión judicial o por desistimiento de los responsables. Por su parte, nada se establece en Derecho marroquí sobre el cese de la *kafala* notarial, no obstante, consideramos que esta cesará, entre otras causas, siempre que los progenitores lo deseen. Ahora bien, junto al cese de la *kafala* también es posible que el *kafil* decida abandonar al menor a su llegada a España.

Pues bien, si la *kafala* de un menor que posteriormente se traslada a vivir a España llegara a su fin, o el menor hubiera sido abandonado en España por el *kafil*, una vez que este hubiera llegado a España ¿qué sucedería, en tales casos, con el menor? ¿Debería de repatriarse? La respuesta a esta cuestión tiene evidentes repercusiones en el ámbito del Derecho de extranjería, pues si el “interés del menor” aconsejara su permanencia en España, no sólo habría que adoptar las oportunas medidas

---

<sup>51</sup> DIAGO DIAGO, P., “La kafala..”, *loc.cit.*, p. 145.

para proteger al menor, sino que también habría que concederle a este la oportuna autorización, para de acreditar su *status* de legalidad en España.

Está claro que si se decidiera repatriar al menor, la repatriación debería realizarse a los servicios sociales del país de origen, en el caso de que la *kafala* fuera judicial, y a los progenitores del menor, en caso de *kafala* notarial. Pero si, como hemos señalado, se decidiera no retornarlo, ¿habría de proveer al menor con una nueva autorización? En caso de respuesta en sentido afirmativo, ¿de qué tipo? Es cierto que, desde el punto de vista del Derecho de extranjería, no habría problema alguno, aunque la *kafala* cesara, en el caso de que en España se hubiera llegado a constituir la oportuna adopción internacional sobre dicho menor. No obstante, esta opción no siempre ha sido factible en la jurisprudencia española<sup>52</sup>, y, desde luego, no lo será de prosperar la reforma legislativa que se propone el Gobierno español, por lo que el menor podría encontrarse con ciertos problemas en este ámbito; problemas que diferirán dependiendo de si el menor ha dejado o no de serlo. Así, si la causa del cese nada tiene que ver con que el menor hubiera alcanzado la mayoría de edad, está claro que las autoridades españolas competentes deberán de adoptar las oportunas medidas de protección para proteger al menor, cuestión que atañe al Derecho internacional privado (DIPr., en adelante) —aspecto al que nos referiremos más abajo—, pero, además, ¿debería proveerse al menor de la documentación oportuna? Está claro que ello no sería así si el menor hubiera obtenido la nacionalidad española o el *status* de residente legal de larga duración, dado que esta autorización le autorizaría a residir en España indefinidamente

---

<sup>52</sup> Cabe destacar que la postura de nuestra jurisprudencia es contradictoria y absolutamente discrecional en este punto. El análisis de la misma nos ha permitido constatar que el que se pueda constituir o no una adopción depende, en ocasiones de la Comunidad Autónoma e, incluso, dentro una misma Comunidad de la provincia, en concreto, ante la cual se solicite la constitución de la adopción. En cualquier caso, los Tribunales españoles proclives a su constitución tienen muy claro, algunas manteniendo un razonamiento conflictual (*ex. art. 18 Ley de adopción internacional*) y otras no, que la Ley que se debe aplicar a la misma es la española. Y, por tanto, la prohibición del Derecho del país de origen del menor de la institución de la adopción, no será óbice a la constitución de la misma. Sobre la práctica judicial española *vid. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Protección del menor...”, loc.cit., en op.cit., págs. 187-192.*

en igualdad de condiciones de los españoles (art. 32 de la Ley de extranjería)<sup>53</sup>. No obstante, también podría suceder que dicho menor no hubiera adquirido ni la

nacionalidad ni dicho *status*, aunque esta cuestión es más teórica que real, dado que los menores que vienen a España en régimen de *kafala*, pronunciada después de un proceso judicial llevado a cabo en Marruecos, suelen ser menores de entre 0 a 3 años, por lo que hay razones más que suficientes para pensar que podrían haber adquirido dicho *status*. En el caso de no ser así, quedaría por saber qué tipo de autorización se le debería de proveer a dicho menor, una vez que, perdiera vigencia la autorización que le permitió su entrada a España. Está claro que la respuesta a esta pregunta depende del plazo de vigencia de la misma, dado que si a este le fue concedida la oportuna autorización por un plazo de cinco años, podría obtener la residencia de larga duración. Por el contrario, si se le hubiera sido concedida por un plazo de tiempo inferior, está claro que la Administración le debería proporcionar la oportuna autorización (*ex art. 35.7º Ley de Extranjería*), dado que tal menor podría considerarse como menor no acompañado, puesto que un menor tiene la condición de «no acompañado» siempre que no se encuentre al cuidado de un adulto que tenga atribuida su representación jurídica<sup>54</sup>.

Problema distinto podría presentarse en aquellos supuestos en los que la causa del cese de la *kafala* fuera el alcance de la mayoría de edad. En tal caso, no podría ingresar en el sistema de protección de menores y, por tanto, podría peligrar la situación de regularidad que hasta ese momento tenía en España. No sería así, si hubiera obtenido, como hemos señalado, la nacionalidad española o el estatuto de residente de larga duración. De hecho, la obtención de la nacionalidad española o de dicho estatuto, podría permitir al/os *kafil*/les españoles presentar ante la autoridad competente la oportuna solicitud de adopción, dado que al alcanzar la mayoría de edad no pesaría sobre ellos la prohibición de adopción existente en Derecho marroquí. Pero, de no ser

---

<sup>53</sup> Sobre la misma *vid.* MARCHAL ESCALONA, N., “Residencia de larga duración”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de extranjería y su nuevo Reglamento*, (F. Cavas Martínez, dir.), Pamplona, Thomson Reuters, 2011, págs. 529-547.

<sup>54</sup> SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M<sup>a</sup>. A., “Menores extranjeros no acompañados y sus dificultades de integración al alcanzar la mayoría de edad” en I Congreso Internacional Retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI, Granada, Comares, 2013, pág. 272.

así, está claro que quedaría por determinar, cuando la autorización que posee perdiera su vigencia, qué tipo de autorización podría obtener para regularizar su *status* en España. Está claro que a estos no se les podrá aplicar lo dispuesto en los art. 197 y 198 del Reglamento de extranjería, que regulan cómo se documentan a los menores tutelados por la Administración al llegar a la mayoría de edad, puesto que no lo han estado. Por lo que, las opciones que quedan para regularizarlo se reducen si no dispone de medios económicos suficientes o cuenta con un contrato de trabajo.

Mención especial cabe hacer en los supuestos en los que la *kafala* marroquí hubiera sido reconocida en España, como veremos más adelante, como tutela o acogimiento, tal y como se regula en Derecho español, pues si la medida de protección extranjera se ha “nacionalizado” con el reconocimiento de la misma, las causas del cese de la *kafala* no le afectarían al menor, salvo excepciones, como veremos. Ahora bien, queda por saber qué sucedería con el menor en el caso de que concurrieran algunas de las causas establecidas en el ordenamiento jurídico español sobre el cese de la tutela o acogimiento. Está claro que, desde el punto de vista del Derecho de extranjería, se reproducirían los mismos problemas que hemos analizado más arriba, por lo que podría aplicarse *mutatis mutandi* las consideraciones ya realizadas.

## **V. LA KAFALA MARROQUÍ Y DIPR.**

### **1. ¿Cómo y con qué efectos se reconoce la *kafala* marroquí en España?**

La Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales, establecía que la *kafala* no podía ser reconocida en España como una adopción, pero, dada su similitud funcional, podía considerarse como un acogimiento familiar, bien con carácter provisional (acogimiento familiar simple), bien con carácter permanente (acogimiento familiar permanente). No obstante, hay que apuntar que el art. 34 de la Ley de adopción internacional no se ha limitado a consagrar legalmente la solución que venía ofreciendo jurisprudencialmente

la DGRN (*kafala* = acogimiento), sino que ha ido más allá al permitir que la *kafala* pueda ser asimilada a también la tutela, tal y como se regula en Derecho español. De hecho, así sucedió en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 28 de marzo de 2006, a efectos de autorizar la constitución de una adopción en España sobre un menor. Por lo que, la cuestión que surge de inmediato es si la *kafala* debería asimilarse al acogimiento familiar o a la tutela, regulada en Derecho español. Es evidente que la *kafala* presenta claros puntos de coincidencia con el acogimiento familiar, tal y como se regula en el ordenamiento jurídico español, pero también hay otros que las diferencia. Así, por ejemplo, un acogedor nunca ostentará la tutela del menor, dado que corresponde a la entidad pública correspondiente<sup>55</sup>; mientras que en la *kafala* marroquí, como hemos visto, hay casos en los que el *kafil* sí la ostenta. Por el contrario, en la tutela, tal y como se configura en Derecho español, el que ostenta la tutela se erige en representante del menor, así como de sus bienes<sup>56</sup>. Ahora bien, dentro de las obligaciones tutelares que afectan a la esfera personal no está la de convivencia entre el tutor y el tutelado, o cuando menos, no se impone en ninguna norma expresa al tutor, a diferencia de lo que así ocurre en la *kafala marroquí*. Podríamos señalar más diferencias, pero las enumeradas sirven para ilustrar que ni el acogimiento familiar ni la tutela, tal y como se regulan en Derecho español, pese a presentar concomitancias evidentes con la *kafala*, en ningún caso, son instituciones equivalentes a aquélla<sup>57</sup>. Además, como hemos visto, en Marruecos no hay sólo un tipo de *kafala*, lo que, sin duda, complica aún más la asimilación de la *kafala* con las instituciones del Derecho español. Es cierto que lo más adecuado, en respeto del Derecho extranjero, sería adoptar una solución flexible, como así ha hecho el legislador español con las adopciones simples (art. 30.1º Ley 54/2007 de adopción internacional). De forma que, la *kafala* marroquí debería desplegar en España todos y cada uno de los efectos que le son

<sup>55</sup> De hecho, la tutela corresponde a la entidad pública, incluso, cuando en el acogimiento familiar permanente el juez hubiera atribuido a los acogedores ciertas funciones tutelares. Si el juez, si así lo solicita la entidad pública, atribuye a los acogedores facultades de tutela para facilitar el desempeño de sus responsabilidades, se convierte en una tutela sometida al control administrativo. Vid PABLO CONTRERAS, P., “Instituciones de guarda y protección de menores (guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento familiar”, en AA.VV., *Tratado de Derecho de la Familia. Vol. VI. Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, M. Yzquierdo Tolsada, M. Cuenca Casas (dirs), Navarra, Thomson Reuters, 2011, págs. 399-501.

<sup>56</sup> Sobre ésta institución vid., PALOMINO DIEZ, I., *El tutor: Obligaciones y Responsabilidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

<sup>57</sup> Un análisis más profundo de tales diferencias vid. DIAGO DIAGO, P., “La kafala...”, *loc.cit.*, págs. 16-18.

propios en Derecho marroquí<sup>58</sup>. No obstante, esta propuesta choca con la tendencia mostrada por las autoridades españolas de “nacionalizar” las instituciones extranjeras, al sustituirlas por una medida de protección española (*ad ex.* adopciones revocables constituidas en el extranjero), que no se correspondan con las reguladas en Derecho español.

## **2. Normas y condiciones de denegación de una *kafala* constituida en Marruecos**

Una *kafala* marroquí, como hemos visto, puede ser reconocida en España bien como un acogimiento familiar, bien como una tutela, siempre que cumpla los requisitos establecidos para su reconocimiento. Así, la Resolución-Circular de la DGRN establecía que la *kafala* musulmana podría ser reconocida en España si hubiera sido válidamente constituida por autoridad extranjera, siempre que no vulnerase el orden público internacional español y los documentos en los que constara se presentaran debidamente legalizados y traducidos a idioma oficial español (arts. 323 y 144 LEC 1/2000<sup>59</sup>). Olvidaba la DGRN, que las condiciones que debe cumplir la *kafala* marroquí para su reconocimiento en España dependen del régimen jurídico aplicable al mismo. A tales efectos, hemos de señalar la existencia de dos instrumentos convencionales que vinculan a España y Marruecos en este ámbito. Por una parte, cabe señalar al 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<sup>60</sup>, del que Marruecos forma parte. Y, por otra, en el plano bilateral, está el convenio bilateral hispano-marroquí, relativo a la cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, realizado el 30 de mayo de 1997 en Madrid<sup>61</sup>, amén de la normativa estipulada por el legislador español (art. 34 Ley 54/2007).

---

<sup>58</sup> P. DIAGO DIAGO, propugna que habría que llegar a una equiparación funcional a ella, pero reducida a los efectos que se desea que despliegue la resolución. De esta manera se generaría una especie de “traspolación” (*id.*, “La *kafala*...”, *loc.cit.*, págs. 19-20).

<sup>59</sup> BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000; corr.err. BOE núm. 90, de 14 de abril de 2000 y BOE núm. 180, de 28 de julio de 2011.

<sup>60</sup> BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

<sup>61</sup> BOE núm.151, de 25 de junio de 1997.

Esta pluralidad de fuentes (convencional y estatal) convierte a la identificación del régimen aplicable al reconocimiento de una *kafala* marroquí en una cuestión compleja e imprescindible. Dado el carácter preferente que en España poseen los Convenios internacionales frente a la normativa autónoma (art. 96.1º Constitución Española), el art. 34 de la Ley de adopción internacional se aplicará residualmente, en defecto de normativa convencional (multilateral y bilateral) aplicable. A nuestro juicio, ello será así cuando la *kafala* que se haya constituido en Marruecos sea notarial, es decir, que lo que presente a efectos de reconocimiento sea un documento público. Y ello porque, si atendemos al Informe P. *Lagarde* sobre el Convenio de La Haya de 1996<sup>62</sup>, cuando el Convenio se refiere a la *kafala* marroquí lo hace, a nuestro juicio, sólo a la *kafala* judicial<sup>63</sup> y, por otra, porque el Convenio hispano-marroquí sólo se aplica a las resoluciones judiciales (arts. 22-29) y a los documentos públicos ejecutivos (art. 30), no a los notariales. Por lo que, podemos afirmar que el régimen jurídico aplicable al reconocimiento de una *kafala* marroquí dependerá de dos factores. En primer lugar, de la fecha en la que ha sido constituida, dado que hay que tener siempre presente el ámbito de aplicación temporal de las normas. Y, en segundo lugar, del tipo de *kafala* que se trate (judicial/notarial).

Ahora bien, la cuestión que queda por ver es si realmente existe concurrencia normativa entre el Convenio de La Haya y el Convenio hispano-marroquí, es decir, hasta qué punto el Convenio hispano-marroquí es aplicable al reconocimiento de una *kafala* judicial. El art. 22 del Convenio regula el régimen de reconocimiento de las resoluciones judiciales. Ahora bien, ¿cómo debe interpretarse dicho término? ¿Se refiere sólo a las resoluciones judiciales contenciosas o también comprende a aquéllas dictadas en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria? Antes de responder a esta pregunta, tenemos que partir de la base que una *kafala* judicial debe ser calificada como un acto de jurisdicción voluntaria, por lo que depende de cómo se responda a la cuestión formulada, el Convenio hispano-marroquí podrá aplicarse o no al reconocimiento de

<sup>62</sup> Vid. en <http://www.hcch.net/upload/exp134.pdf>

<sup>63</sup> De hecho, en él se informa de la activa participación en el transcurso de su negociación de la delegación marroquí que informó del procedimiento de *kafala* establecido por la Ley marroquí del 10 de septiembre de 1993; Ley, que, hay que recordar, es la que se ocupaba de regular antes de la reforma operada en 2002 (Ley núm. 15-01) la *kafala* de niños abandonados.

una *kafala* judicial. Es cierto que el Convenio no regula a qué tipo de resoluciones se aplica, por lo que podríamos pensar que incluye a ambas resoluciones, tanto las dictadas en procedimientos contenciosos como en los de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, si analizamos, por una parte, las causas de denegación de reconocimiento encontramos aquella que lleva a denegar el reconocimiento de una sentencia cuando “*las partes no hayan sido legalmente citadas*”; condición ésta pensada para los procedimientos contenciosos y no de jurisdicción voluntaria. Por otra parte, cabe señalar que el procedimiento que regula el Convenio hispano-marroquí para que las resoluciones judiciales tengan eficacia es el *exequátur*; un procedimiento nada recomendable, como así ha apuntado la doctrina, para los actos de jurisdicción voluntaria<sup>64</sup>. Además, en el texto del Convenio aparece en diversas ocasiones la expresión “cosa juzgada” (arts. 22.1º y 23) y, por definición, los actos de jurisdicción voluntaria nunca adquieren dicha eficacia. Todos estos elementos nos lleva a concluir que el Convenio cuando utiliza el término “resolución”, se refiere solo a las resoluciones dictadas en procedimientos contencioso. En cualquier caso, si pudiera mantenerse una interpretación amplia de dicho término y, por tanto, existiera una concurrencia normativa entre el Convenio de La Haya de 1996 y el hispano-marroquí sería preferible, a nuestro juicio, aplicar el primero. Y ello porque, dado que la cláusula de compatibilidad del Convenio de La Haya no resuelve el problema de concurrencia normativa (art. 53), podríamos atender al principio de *favor recognitionis* que inspira a este sector del DIPr. Y está claro que el Convenio de La Haya es mejor Convenio que el bilateral, puesto que no solo permite obtener el reconocimiento automático de la *kafala* (art. 23), sino también porque el Convenio de La Haya de 1996 regula unas condiciones de denegación de reconocimiento más específicas y concretas (art. 23<sup>65</sup>) -algunas de ellas pensadas, precisamente, para la *kafala*<sup>66</sup>- que las establecidas en el Convenio hispano-marroquí,

<sup>64</sup> No obstante, también es cierto que de la lectura del art. 24 del Convenio hispano-marroquí cabe inferir la posibilidad de obtener el *reconocimiento automático*, pero sólo cuando lo que se pretenda es el efecto de cosa juzgada o constitutivo. Ahora bien, si el efecto pretendido es el constitutivo-registral será necesario obtener el *exequátur*.

<sup>65</sup> CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Tutela y protección de menores en el Derecho internacional privado”, en AA.VV., *Tratado de Derecho de la Familia. Vol. VI. Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, págs. 590-593.

<sup>66</sup> Así, el apartado f) del art. 23 dispone que no se reconocerán las medidas de protección: “...si no se ha respetado el procedimiento previsto en el art. 33”. Por su parte, el art. 33 dispone que: “1. Cuando la autoridad competente en virtud de los artículos 5 a 10 prevea la colocación del niño en una familia de

que son más generales (orden público, competencia judicial del juez de origen, garantías procesales de defensa e inconciabilidad de decisiones).

En suma, el régimen normativo aplicable al reconocimiento de una *kafala* marroquí depende de la interpretación que se adopte del término “resolución” que incorpora el Convenio hispano-marroquí, puesto que si éste es amplio las *kafalas* anteriores a la entrada en vigor del Convenio de La Haya (art. 53<sup>67</sup>) deberían de ser reconocidas a partir de dicho texto normativo (exequátur) y, por tanto, no podría ser aplicado el régimen estatal (art. 34 de la Ley de adopción). Por el contrario, si dicho término se interpreta de forma estricta, como hemos defendido, el art. 34 Ley de adopción tendría una proyección práctica mucho mayor. Se aplicaría para el reconocimiento de aquellas *kafalas* constituidas antes del 1 de enero de 2011 y después de la entrada en vigor de la Ley de adopción internacional. Ahora bien, si la *kafala* se hubiera constituido antes de dicha fecha, el régimen normativo dependerá de si la *kafala* es judicial (exequátur de la LEC 1881 o reconocimiento material —arts. 144. 323 LEC 2000—, dependiendo de la interpretación que se adopte<sup>68</sup>) o notarial (arts. 144 y 323 LEC 2000).

#### **4. La *kafala* marroquí y sus problemas en España**

Una vez que la *kafala* es reconocida en nuestro país por las autoridades españolas competentes, la siguiente cuestión que se planteaba consistía en saber si era o no factible la posterior constitución de la adopción del menor venido a España en

---

*acogida o en un establecimiento o su protección legal por kafala o por una institución análoga, y esta colocación o este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado contratante, consultará previamente a la Autoridad Central o a otra autoridad competente de este último Estado. A este efecto le transmitirá un informe sobre el niño y los motivos de su proposición sobre la colocación o el acogimiento 2. El Estado requirente sólo puede adoptar la decisión sobre la colocación o el acogimiento si la Autoridad Central u otra autoridad competente del Estado requerido ha aprobado esta colocación o este acogimiento, teniendo en cuenta el interés superior del niño”.*

<sup>67</sup> La fecha de entrada en vigor de dicho Convenio para España fue el 1 de enero de 2011.

<sup>68</sup> De hecho, la incertidumbre es la nota que caracteriza a la jurisdicción voluntaria en nuestro país. No sólo respecto a la configuración de los efectos que tales resoluciones producen en nuestro país, sino también en cuanto a los requisitos que deben de cumplir para su eficacia en España (DE MIGUEL ASENSIO, P., *Eficacia de las resoluciones extranjerías de jurisdicción voluntaria*, 1997, Madrid, Eurolex).

régimen de *kafala*. Esta posibilidad es, hoy por hoy y de cara al futuro, imposible de contemplar, máxime si tenemos en cuenta la postura mantenida por el Gobierno marroquí. Por lo que, el *status jurídico* del menor venido a España en régimen de *kafala* a España solo podrá ser, como hemos visto más arriba, el de acogido o tutelado, siempre que fuera reconocida por las autoridades españolas, es decir, siempre que tal medida se hubiera “nacionalizado. No hay que olvidar que con dicho reconocimiento se procede a asimilar, como hemos visto, la *kafala* marroquí a una institución de protección española.

Ahora bien, el hecho de que el menor venido en régimen de *kafala* no pueda ser adoptado en España podría situarlo en una situación de desprotección. Y ello, como consecuencia del carácter temporal que presenta tanto la *kafala* marroquí, como la tutela o el acogimiento en los que la misma puede convertirse en España, como hemos visto, tras el reconocimiento de la misma. Pensemos lo que le podría suceder al menor si estas cesaran. ¿Tendría el menor que volver a su país de origen o adoptarían las autoridades españolas competentes las medidas de protección que consideraran oportunas? Antes de responder a esta pregunta, hay que plantearse otra. ¿Por qué motivos pueden cesar las medidas de protección de un menor? Esto es, ¿puede un *kafil*, a cuyo favor se ha constituido la *kafala*, y que no desea asumir por más tiempo las obligaciones que la misma comporta, cesar unilateralmente la misma? Es cierto que cada ordenamiento jurídico regula diferentes medidas de protección del menor, así como las causas por las que se pueden extinguir. Por lo que resulta necesario determinar, cuál es dicho ordenamiento; cuestión que depende de la autoridad ante la que se ha constituido. Así, por ejemplo, las causas por las que puede cesar una *kafala*, así como los efectos que se derivan de la misma es una cuestión que depende del Derecho marroquí. Ello será así, salvo que la *kafala* se haya “nacionalizado”, es decir, haya sido reconocida como acogimiento familiar o como tutela por la autoridad española competente. En tal caso, sería el ordenamiento jurídico español el aplicable para determinar dicha cuestión.

En suma, las causas por las que puede cesar una *kafala*, así como sus efectos es una cuestión que depende del Derecho marroquí. Pues bien, en dicho ordenamiento no

se prevé el cese unilateral del acogedor como motivo de extinción de la *kafala*, a diferencia de lo que sucede en Derecho español en el que dicha posibilidad sí está permitida<sup>69</sup>. Ello será así, salvo que la *kafala* se haya “nacionalizado”, es decir, haya sido reconocida como acogimiento familiar, o como tutela por la autoridad española competente. En tal caso, el ordenamiento jurídico aplicable será el español y, por tanto, como hemos visto, sí sería una posibilidad factible.

En el caso de que cesara la medida de protección de la que viene disfrutando el menor en España (*kafala*, acogimiento o tutela —si hubiera sido reconocida por autoridad española—) quedaría por saber qué sucedería con el menor. Está claro que dicha decisión le corresponderá a la autoridad española competente, siempre que tuviera competencia judicial internacional para ello. Hay que recordar que la pieza clave del sistema de competencia judicial internacional en materia de protección de menores es el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante, “Bruselas II bis”)<sup>70</sup>. Esta norma parte del “interés superior del menor” y del principio de proximidad, por lo que la competencia judicial de los Tribunales españoles podría justificarse en el foro de la residencia habitual del menor en España (art. 8<sup>71</sup>). Ahora bien, una vez determinada la

---

<sup>69</sup> Es cierto que, en tal caso, que podría mantenerse la aplicación de la Ley española en virtud de lo establecido en el art. 15.3º del Convenio de La Haya de 1996. Dicho precepto estipula que: “*En caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, la ley de este otro Estado rige las condiciones de aplicación de las medidas adoptadas en el Estado de la anterior residencia habitual a partir del momento en que se produce la modificación*”. Pero, a nuestro juicio, esta cuestión no se puede considerarse que se refiera a “condiciones de aplicación”, un concepto que ni en el Informe *Lagarde* está claro.

<sup>70</sup> DOCE núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003. Por lo que se refiere a éste, hay que señalar que, aunque, el alcance de “Bruselas II bis” sea universal, el art. 61 establece una regla de compatibilidad específica con el Convenio de La Haya de 1996, previendo la aplicación del Reglamento a la competencia judicial internacional cuando el menor resida en el territorio de un Estado miembro. No obstante, el Reglamento se aplica también cuando el menor tenga su residencia en un tercer Estado que no sea parte del Convenio de La Haya de 1996, como demuestra el tenor literal del art. 12.4º del Reglamento. De lo que hay que deducir que el Reglamento se aplica en los casos en los que el menor tenga su residencia en un Estado miembro Reglamento o en uno no miembro que no lo sea tampoco del Convenio de La Haya de 1996. De forma que, si el menor procede de uno miembro del Convenio de La Haya los foros de competencia serán los establecidos en este instrumento normativo, es decir, el art. 5 (foro de la residencia habitual del menor) o el art. 6 (foro *presentiae*).

<sup>71</sup> La Sent. TJUE (Sala 3ª) de 2 de abril de 2009 (As.- C-523/07: A) ha interpretado el concepto de residencia habitual utilizado en el art. 8 del Reglamento. Por una parte, deja claro que la presencia física

competencia judicial internacional de las autoridades españolas, se tendría que dilucidar qué medida de protección podría adoptarse. Cuestión ésta que depende del Derecho que resulte aplicable (¿español o marroquí?). El Reglamento “Bruselas II bis” no contiene normas de Derecho aplicable en materia de protección de menores, por lo que resultan de aplicación las reglas contenidas en el Convenio de La Haya de 1996, cuya aplicación es universal (art. 20). Dicho Convenio parte del principio de aplicación a las medidas de protección del menor de la *lex fori* (art. 15.1º), lo que supondría la aplicación, para dicha decisión, de la ley española<sup>72</sup>.

No obstante, aunque la *kafala* hubiera sido nacionalizada, como tutela o acogimiento familiar en España, podría tener en nuestro país cierta proyección la regulación contenida en el Derecho marroquí sobre el cese de la *kafala*. Pensemos en el siguiente supuesto: la *kafala* de un menor marroquí, cuya filiación es conocida, constituida a favor de un *kafil* español, y cuyos progenitores solicitan y obtienen de la autoridad judicial marroquí competente la oportuna sentencia judicial revocando la *kafala*, lo que es perfectamente factible, a tenor de lo establecido en el Derecho marroquí. Está claro que para que los progenitores pudieran recuperar a su hijo, tendrían que obtener el reconocimiento de dicha sentencia judicial revocando la *kafala*. Cabe preguntarse, por tanto, si y cómo sería reconocida dicha decisión en España. Esta es una cuestión que, a nuestro juicio, depende del régimen normativo aplicable al reconocimiento de dicha sentencia. Si mantenemos la interpretación estricta del término “resolución” que utiliza el Convenio hispano-marroquí, según hemos defendido más arriba, las normas aplicables para el reconocimiento de la misma serían, bien el Convenio de La Haya de 1996, bien las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), según la fecha en la que la decisión hubiera sido dictada (exequátur de la LEC 1881 o reconocimiento material —arts. 144 y 323 LEC 2000—, dependiendo de la interpretación que al respecto se adopte). Será, por tanto, la autoridad competente quién

---

no basta para considerar que existe residencia habitual del menor, que deberá determinarse sobre la base de circunstancias de hecho que son particulares en cada caso.

<sup>72</sup> Al respecto, hay que tener presente que las diferentes Comunidades Autónomas han regulado la actuación de sus órganos en esta materia, de acuerdo con las competencias asumida estatutariamente. En consecuencia, en cada Comunidad Autónoma el procedimiento administrativo de protección de menores dependerá de la regulación propia existente en dicha Comunidad.

debiera decidir sobre el reconocimiento o no de dicha sentencia, a la luz de las condiciones establecidas en la norma aplicable al mismo y, sobre todo, teniendo presente el “interés del menor”.

La protección del menor venido a España en régimen de *kafala* podría también quedar en cierta manera cuestionada en el supuesto en el que los *kafiles* fueran una pareja de españoles y estos decidieran divorciarse. ¿Qué sucederá con el menor en tales casos? ¿Supondría el cese de la *kafala* o de la medida de protección española en la que se hubiera convertido? ¿Se le podría conceder el cuidado, así como la representación del menor a uno de los que formaba la pareja? ¿Y de ser así, podría concedérsele al otro un “derecho de visita”? Esta es una cuestión que, a nuestro juicio, escapa del ámbito de aplicación de la ley que regula el divorcio, correspondiendo, por tanto, al Derecho que regula las medidas de protección de los menores. En concreto, la norma española en esta materia es la prevista, como hemos visto, en el art. 15 del Convenio de La Haya y, por tanto, sería aplicable la ley española (*lex fori*). Sin embargo, no hemos encontrado ni en el Código civil español ni en norma autonómica alguna una regulación expresa al respecto, a diferencia de lo que así sucede en el art. 26 de la Ley 15-01 que regula la *kafala* judicial. A nuestro juicio, será la autoridad administrativa competente (*ex. Reglamento “Bruselas II bis”*) quien deberá decidir al respecto atendiendo a las circunstancias concretas del caso y, sobre todo, el “interés del menor”.

## **VI. CONCLUSIONES**

¿Se podrán constituir *kafalas* transnacionales en el futuro? ¿Cómo y bajo qué condiciones? ¿Qué problemas plantearán estas a las autoridades españolas? ¿Se reformará el Derecho español? ¿En qué sentido? Ofrecer una respuesta categórica a estos interrogantes sería visionario y profético, y carecemos de dotes adivinatorias. Lo que sí hemos intentado hacer en el presente trabajo es interpretar determinadas señales políticas y jurídicas, y a partir de ahí vislumbrar cuales serán los posibles obstáculos que el menor venido en régimen de *kafala* podrá encontrar en el futuro en España.