

LA *KAFALA* NI ES ADOPCIÓN, NI PUEDE LLEGAR A SERLO¹

KAFALA IS NOT ADOPTION NEITHER CAN BECOME IT

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4, febrero 2016, pp. 241 - 249.

Fecha entrega: 11/12/2015
Fecha aceptación: 15/01/2016

¹ Proyecto de Investigación DER2013-47577-R. “Impacto social de las crisis familiares (Ministerio de Ciencia y de Competitividad)”.

DR. DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia
Presidente del IDIBE
J.Ramon.de-Verda@uv.es

RESUMEN: 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 familiar o a la tutela dativa: el *makfoul* puede obtener un visado por reagrupación familiar, pero no puede ser adoptado por el *kafil* conforme a la legislación española.

PALABRAS CLAVE: *kafala*, adopción, acogimiento.

ABSTRACT: In Spain the *kafala* agreed in an Islamic country, if it has been established through a process, judicial or administrative, involving public authorities, is assimilated to foster care or dative guardianship: the *makfoul* can obtain a visa for family reunification but it can not be adopted by the *kafil* under Spanish law.

KEY WORDS: *kafala*; adoption; fostering.

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares.- 2. La regulación de la *kafala* en Marruecos.- 3. La posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la *kafala* y su incidencia en sede de nacionalidad.- 4. La equiparación de la *kafala* al acogimiento familiar o la tutela dativa: el art. 34 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional.- 5. *Kafala* y reagrupación familiar.- 6. La prohibición de adoptar al *makfoul* introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

1. 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 tiene una importancia indudable, dada la creciente inmigración procedente de países del Magreb, especialmente de Marruecos. 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 jurídico de filiación con los adoptantes y extinguiendo el que lo unía con su familia de origen (desde la Ley 21/1987 se suprimió la diferencia entre adopción simple y plena). 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, Sura XXXIII) y que responde a la idea de que el vínculo jurídico de la filiación sólo puede tener orígenes biológicos (art. 142 del Código de Familia marroquí y el art. 46 del Código de Familia argelino), considerándose, en consecuencia nula la adopción (art. 149 del Código de Familia marroquí). Por ello, en dichos países, la protección de los menores en situación de abandono o desamparo se realiza a través de una institución distinta, la *kafala*, que no genera un vínculo de filiación entre el menor (*makfoul*) y la persona o personas que lo acogen (*kafil*).

2. Concretamente, en Marruecos la *kafala* se regula por la Ley n. 15 de 2001 (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), 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).

Esta intervención judicial tiene gran importancia desde la perspectiva del Derecho español, pues, como veremos, el reconocimiento de ciertos 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 (en Derecho marroquí), la *kafala* no dará derecho, ni a la filiación, ni a la sucesión respecto del *kafil* (art. 2), quien vendrá obligado a mantener, guardar y proteger al menor acogido, velando por que 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).

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 del *makfoul* o *kafil*, por incapacidad de éste 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).

3. Es doctrina constante de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que la *kafala* no es una adopción, por lo que no puede inscribirse como tal en el Registro Civil [RR. 14 mayo 1992 (RJ 1992, 5251), 18 octubre 1993 (RJ 1993, 8022), 29 marzo 2011 (JUR 2012, 86539) y 13 marzo 2015 (JUR 2015, 255479)], sino que cumple una función semejante a la del acogimiento familiar” [Resolución-Circular 15 julio 2006, RJ, 2006, 1652)], por lo que el *makfoul* no adquiere la nacionalidad española de origen, por el hecho de ser acogido por un *kafil* español, ni tampoco puede optar por ella si el *kafil* extranjero adquiere posteriormente la nacionalidad española por residencia en nuestro país durante diez años (conforme al art. 22 CC): el art. 20.1.a) CC concede el derecho a optar por la nacionalidad española a las personas que estén sujetas “a la patria potestad de un español”, lo que no

acontece en el caso de la *kafala*, ya que el *kafil* no es padre adoptivo del *makefoul* [RR 14 mayo 1992 (RJ 1992, 5251), 1 febrero 1996 (RJ 1996, 2450), 21 marzo 2006 (RJ 2006, 111879), 29 marzo 2011 (RJ 2012, 86539), 6 septiembre 2011 (RJ 2012, 198189), y 15 noviembre 2013 (JUR 2014, 21471)].

4. Esta posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado fue avalada por el art. 34 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional. 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 “o, en su caso, a una tutela” (novedad en relación a la doctrina sentada por la Dirección General, lo que, como después veremos, es importante en orden a poder considerar al *kafil* como un tutor dativo y, en consecuencia, conceder un visado por reagrupación familiar al *makefoul*).

Como consecuencia de esta equiparación realizada por el art. 34 de la Ley 54/2007 entre la *kafala* y el acogimiento familiar o la tutela, a efectos de determinar el tipo de retención aplicable al *kafil* que sea trabajador por cuenta ajena, se aplicará el mínimo por descendiente previsto en el art. 58 de la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas [Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos 11 marzo 2014, V0664 (JUR 2014, 165785)]. Por otro lado, la STSJ (Social, 3ª) Madrid 31 gennaio 2008 (AS 2008, 959), concedió la pensión de orfandad a dos menores marroquíes, por muerte de uno de los *kafil*, en un complejo razonamiento, cuyo argumento esencial fue el recurso al principio de igualdad. El fallo fue confirmado por ATS (Social, 1ª) 10 febbraio 2009 (JUR 2009, 154016), a través de la asimilación funcional de la *kafala* con el acogimiento familiar permanente del Derecho español. En cualquier caso, el art. 34 de la Ley 54/2007 supedita la equiparación de la *kafala* al acogimiento o la tutela dativa 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, ésta 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 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 de la Ley 15/01 de Marruecos o el art. 118 del 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.

5. 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. Conforme al art. 17 c) de la LO 4/2000, de 11 de enero, 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”.

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), en los que 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 artículo 93 del Reglamento de la LO 4/2000, aprobado por Real Decreto 2393/2004, en el que se regula el desplazamiento temporal de menores extranjeros.

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 artículo 17 c) de la LO 4/2000.

La jurisprudencia sigue el criterio expuesto por la Instrucción de 27 de septiembre de 2007, admitiendo la concesión del visado por reagrupación familiar, cuando la *kafala* se hubiera constituido a través de un procedimiento judicial o administrativo, siempre que hubiera mediado la previa declaración de desamparo del mismo; por el contrario, entiende que no procede el visado en los casos de constitución privada de la *kafala*, mediante consentimiento de los padres biológicos del *makfoul* prestado ante Notario, al margen de un procedimiento judicial o administrativo [STS (Sala de lo Contencioso, 3ª), de 9 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 8175/2011); TSJ Madrid (Contencioso-Administrativo, 1ª) 10 julio 2008 (JUR 2008, 315217), STSJ País Vasco (Contencioso-Administrativo, 2ª) 23 septiembre 2008 (JUR 2009, 3819), STSJ Madrid (Contencioso-Administrativo, 1ª) 25 junio 2010 (RJCA 2010, 690), STSJ Madrid (Contencioso-Administrativo, 1ª) 11 septiembre 2013 (JUR 2013, 311461) y STSJ Cataluña (Contencioso-Administrativo, 5ª) 16 julio 2014 (JUR, 2015, 627)].

6. Venía siendo una práctica frecuente que el *kafil*, que ya tenía la nacionalidad española en el momento de la constitución de la *kafala* o que la adquiriría posteriormente por residencia, intentara adoptar al *makfoul* en España, posibilidad ésta, que era contraria a la legislación nacional de éste, pero no a la española, que la permitía cuando el menor tuviera su residencia habitual en nuestro país en el momento de constituirse de la adopción o cuando hubiera sido o fuera a ser trasladado a España con la finalidad de establecer en ella su residencia habitual (art. 18 de la Ley 54/2007).

Si, según ha quedado expuesto, la *kafala* en la que concurran los requisitos del art. 34 de la Ley 54/2007, se reconoce en España, al menos, como un acogimiento familiar, parece lógico pensar que, por aplicación del art. 176.2.3ª del CC, en el caso de que el *kafil* solicitara la adopción del *makfoul*, no necesitara la propuesta previa por parte de la entidad pública correspondiente con certificado de idoneidad, aunque, la misma, conforme a lo previsto en el artículo 177.3.4º CC, debía ser “simplemente oída” por el juez, “a fin de apreciar la idoneidad del adoptante”. Esta posición fue defendida por la Circular de la Fiscalía General del Estado 16 noviembre 2011, n. 8 (JUR 2011, 395482;) y en la jurisprudencia por AAP Barcelona (18ª) 28 marzo 2006 (JUR 2008, 149354), AAP Barcelona (18ª) 8 julio 2008 (JUR 2008, 315373), AAP Barcelona (18ª) 27 junio 2011 (AC 2011, 2030), SAP Valladolid (1ª) 12 abril 2013 (JUR 2013, 182397); en contra, sin embargo, AAP Tarragona (1ª) 23 giugno 2008 (AC 2008, 1710) y AAP Cádiz (5ª) 11 diciembre 2008 (JUR, 2009, 59788).

Pero es más, la práctica mencionada dio lugar a que, en ocasiones, se simularan falsas *kafalas* con la única finalidad de que un menor marroquí pudiera adquirir la residencia en España, sin que el supuesto *kafil* tuviera ninguna intención de asumir obligaciones asistenciales respecto del mismo e, incluso, con el propósito preconcebido de posibilitar que el *makfoul* pudiera posteriormente ser adoptado en España y, en consecuencia, adquirir la nacionalidad española.

Para evitar este tipo de fraudes, el Derecho español ha adoptado una solución tajante: el art. 3.20 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, ha añadido un número 4º al art. 19 de la Ley 54/2007, según el cual “En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción” en España, “excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública” (española). Por lo tanto, fuera de este supuesto excepcional no cabe la adopción *ex novo* del *makfoul* ante la autoridad judicial española.

Esta reacción del legislador español quizás pueda contribuir a hacer desaparecer los recelos de las autoridades marroquíes hacia la *kafala* constituida en favor de ciudadanos extranjeros, los cuales se plasman en la Circular de septiembre de 2012, nº 40 S/2, del Ministerio de Justicia y Libertad del Reino de Marruecos, que ordena a las autoridades competentes para constituir la *kafala* que comprueben si los solicitantes extranjeros tienen su residencia habitual en el país, denegándola en el caso contrario.

En todo caso, en el punto que nos ocupa el Derecho español se aproxima ahora al Derecho francés. Así, el art. 370-3 del Código Civil galo (redactado conforme a la Ley nº 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 (ambos tipos de adopción se mantienen en Francia, a diferencia de lo que acontece en España, tras Ley 21/1987, de 11 de noviembre).

Así, la Sentencia de la Sala 1ª de la Corte de Casación de 10 de octubre de 2006 (nº 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 1ª de la Corte de Casación de 9 de julio de 2008 (nº 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 del Código Civil, dado que el Derecho argelino prohíbe la adopción y el niño no había nacido en Francia.