

LA KAFALA MARROQUÍ Y SU PROBLEMÁTICA EN ESPAÑA

Estudiante: Fernando Aznárez Gascón

Director del Trabajo de Fin de Grado: María Coarasa Pardo

Índice

1. Introducción	4
2. Definición de kafala	6
3. Clases de Kafala	8
4. La kafala en el derecho marroquí	10
a) Procedimiento	10
b) Condiciones para el otorgamiento	12
5. Entrada de menores marroquíes en régimen de kafala	14
6. Problemas con el derecho de Extranjería	16
7. La kafala en España	17
a) La equivalencia funcional y calificación.	18
b) Orden público internacional	21
8. Técnicas de sustitución y posible asimilación	21
a) Adopción	22
b) Acogimiento familiar y tutela	23
9. Normas y condiciones de denegación de una kafala marroquí	26
10. Problemas de la kafala Marroquí en España	29
11. STSJ de Madrid de 31 de enero de 2008	31
12. Conclusión.	34
13. Bibliografía.	35

La Kafala Marroquí

El objeto del presente trabajo es analizar tanto los viejos, como los nuevos problemas que podrán aparecer en el en el futuro en relación con la kafala, así como comprender el hecho de que en el Derecho Islámico no existe la figura de la adopción, esto es así debido a que está expresamente prohibida por el libro sagrado del Islam, es decir, el Corán (concretamente la prohibición de adoptar nace de una interpretación de dos versos de la Sura N°33 del Corán¹, y es considerada por este, y vista por la Sharía, como una falsificación del orden natural de la sociedad).

El origen de esta prohibición la encontramos en la vida del profeta Mahoma, el cual adoptó a un varón que le vendieron como esclavo. Mahoma un día se enamoró de la mujer de su hijo adoptivo, este, una vez supo de los deseos de Mahoma, repudió a su esposa, de esta manera el profeta pudo contraer matrimonio con ella. Para muchos este matrimonio fue considerado como incestuoso.

La controversia se mantuvo hasta que se apareció Alá a Mahoma y le aseguró que no había incesto alguno, debido a que la adopción debía quedar prohibida, así el matrimonio entre el profeta y la mujer de su hijo adoptivo ya no podía considerarse incestuoso.

Es sencillo prever que la kafala va a ser una institución con un marcado carácter religioso, ya que no se trata solo de mantener y cuidar a un menor, sino que además se le debe educar en la fe musulmana.

¹ Verso número 4 de la Sura 33 del Corán: ``Alá no ha puesto dos corazones en el pecho de ningún hombre. Ni ha hecho que las esposas que repudiáis por la fórmula: «¡Eres para mí como la espalda de mi madre!» sean vuestras madres. Ni ha hecho que vuestros hijos adoptivos sean vuestros propios hijos. Eso es lo que vuestras bocas dicen. Alá, empero, dice la verdad y conduce por el Camino''.

El objeto del presente trabajo analizar tanto los viejos, como los problemas que podrán aparecer en el en el futuro.

1. Introducción

Uno de los puntos cruciales que separan la civilización occidental de la oriental es el derecho de familia.

Mientras que en el mundo occidental son los principios de laicidad, igualdad y libertad los que sirven de base al derecho de familia, en los sistemas jurídicos islámicos juegan este papel las tradiciones y concepciones religiosas. La influencia de la religión en el Derecho islámico también se ha manifestado en lo que respecta a la protección jurídica del menor.

Debido a que el mundo musulmán es tan diverso es necesario hacer referencia a las distintas prácticas que se dan en distintos países:

En primer lugar tenemos los países con una aplicación estricta de una kafala no internacional: Irán, Mauritania, Egipto. Éstos rechazan la kafala a nivel internacional, basándose en una interpretación estricta de la Sharía y rechazando cualquier equivalencia entre la kafala y la adopción

En segundo lugar encontramos los países con una solución de caso por caso: Marruecos, Argelia, Jordania y Pakistán. Éstos estiman que la situación de los niños privados de familia y la falta de candidatos nacionales para una kafala es tal que puede ser necesario permitir una kafala internacional, con tal que los candidatos respeten algunas de las condiciones procedurales de la kafala, como por ejemplo la conversión al Islam.

En tercer lugar están los países con legislación sobre la adopción o sobre la conversión de la kafala: Túnez e Indonesia. A pesar de estar muy comprometidos a los valores islámicos, estos países autorizan la adopción, con todas sus consecuencias legales relativas a la filiación.

Ha quedado claro que la adopción está prohibida en la mayor parte de países de religión musulmana, ya que los lazos familiares se basan en relaciones sanguíneas.

Sin embargo, el que en estos países no se contemple la adopción como medida de protección del menor, no significa que no existan otras modalidades, de hecho la medida de protección equivalente en tales países, es la kafala.

Se trata de una institución a través de la cual el kafil (titular de la kafala) se compromete a hacerse cargo de manera voluntaria del cuidado, de la educación y de la protección del menor (makful) de la misma manera que haría un padre de familia respecto a su hijo. Tal y como se mencionó anteriormente, las obligaciones de la kafala se extienden a educar al menor en la religión musulmana. Por esta razón los kafiles deben ser musulmanes (artículo 2 de la Ley marroquí 15-1 de guarda de menores abandonados²).

Desde la perspectiva que tenemos los hombres y mujeres occidentales del derecho relacionado con la protección de los niños, podríamos llegar a pensar que se trata de una medida contraria al interés del menor, entendiendo que este probablemente se cumpla en mayor medida si se traslada al menor a vivir a un país europeo donde sus necesidades básicas queden cubiertas, ya que la práctica pone de manifiesto que en gran cantidad de ocasiones los orfanatos en los que viven estos menores no cumplen un nivel de calidad adecuado. Sin embargo no podemos olvidar que desde el prisma de la cultura islámica el interés del menor se satisface cuando es educado en la fe musulmana.

² Artículo 2 de la Ley 15-1 marroquí: *“La guarda de un menor abandonado, en el sentido de la presente ley, consiste en el compromiso de hacerse cargo de la protección, educación y manutención de un niño abandonado del mismo modo que lo haría un padre con su propio hijo. La Kafala no confiere derecho a la filiación ni a la sucesión”*.

El hecho de que la kafala no genere vínculo familiar se debe a que tal y como se desprende del artículo 2 de la ley marroquí 15-1 es una mera media de protección, no un mecanismo de integración familiar, además de su carácter provisional, ya que cesa (artículo 25 Ley 15-1 de guarda de menores abandonados) bien por el transcurso del tiempo, es decir, cuando el menor alcance los 18 años o bien por otras causas, como por ejemplo la muerte del kafil, a lo que hay que añadir que en determinadas kafalas son los padres biológicos quienes otorgan el cuidado de sus hijos a otras personas, que pueden pertenecer o no al vínculo familiar.

Es básicamente todo esto lo que ha generado la problemática por parte de las autoridades españolas a la hora de conceder a los menores la nacionalidad española en los casos en los que el kafil fuera español, 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.

Además los cambios que van a producirse en nuestra normativa con el fin de cumplir la exigencias del gobierno marroquí plantearán indudablemente nuevos problemas.

2. Definición:

Cuando hablamos de kafala nos referimos a una institución propia del mundo y cultura islámica en virtud de la cual una persona, se compromete a hacerse cargo del cuidado, educación y protección del menor (el makful)³.

Se trata de una institución con un marcado componente religioso, tanto es así, que solo los musulmanes están habilitados para educar al menor conforme al Corán.

³ Quiñones Escamez: "Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes". Página 19.

Como bien es sabido, en el derecho musulmán no se reconoce filiación ilegítima, por ello la filiación extramatrimonial es a menudo un motivo de deshonra, que puede dar a lugar a que la familia de la madre para conservar el honor, expulse de la familia a la madre o abandone al niño ilegítimo, el cual se verá privado de cualquier status al no haber normativa que regule la situación.

De esta manera podemos entender la prohibición de adoptar en la cultura islámica, viéndose como algo inaceptable la creación de vínculos familiares y jurídicos ficticios que alteran el linaje familiar.

Como dato importante para un mejor entendimiento de la prohibición cabe recordar que en la Arabia preislámica, al no haber un control, no solo se adoptaban niños abandonados sino que además la institución se utilizaba con fines egoístas generando situaciones de explotación de menores aprovechando la situación de pobreza de los progenitores⁴.

Hoy día la adopción se encuentra expresamente prohibida en el artículo 149.1º del Código de Familia marroquí⁵.

Por citar una consecuencia derivada de que no se origine filiación a través de la constitución de una kafala cabe destacar la prohibición de otorgar al menor acogido el apellido del kafil.

⁴ Quiñones Escámez: ``Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes''. Página 17 y 18.

⁵ Art. 149 del Código de familia marroquí: ``La adopción se considera nula y no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima. La adopción de recompensa o de asimilación o sustitución al rango del hijo no establecerá la filiación y se regirá por las disposiciones testamentarias''.

En contraposición a lo que puede parecer hasta ahora, la adopción no está prohibida en la totalidad de países del mundo islámico. Túnez y Turquía son ejemplos de la excepción a la prohibición.

En varios textos internacionales se menciona la kafala, como por ejemplo la Convención sobre los Derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

La presencia de la institución en textos internacionales no solo sirve como punto de conexión entre los derechos de la familia occidental y musulmana, sino que también se establece un fin común, el de protección de los derechos fundamentales de los menores.

En cualquier caso, de ahora en adelante va a ser importante entender la kafala dentro del derecho islámico, en el cual la separación de la sociedad civil y religiosa no es tan clara.

3. Clases de kafala

En Marruecos podemos distinguir dos clases de kafala.

En primer lugar se debe citar la denominada kafala notarial o intra familiar. Recibe este nombre porque son los padres biológicos los que adjudican el cuidado del menor a una persona perteneciente a la familia, e incluso se realiza de padres a madres, o de madres a padres.

Esta es la regla general, pero ha habido casos en los que es una persona ajena a la familia la que se encarga del cuidado del menor, siendo una costumbre no regulada expresamente⁶.

⁶ Sobre esta solo tenemos constancia de la existencia de una Circular del Gobierno marroquí, de 7 de febrero de 1996, emitida para evitar que los menores sobre los que se hubiera constituido una kafala se vean expuestos al abandono.

Esta primera clase de kafalas quedan en principio circunscritas al territorio marroquí, es decir, presentan un carácter interno, aunque esto no implica que posteriormente puedan internacionalizarse mediante el desplazamiento a otro país.

Se constituye por simple acuerdo entre las partes, en el cual puede intervenir notario, aunque no siempre tenga que ser así, a pesar de su denominación como kafala notarial.

En la mayoría de casos la intervención del notario solo será necesaria cuando el menor se traslade a otro país.

Lo verdaderamente importante en este tipo de kafalas es determinar hasta donde llega la representación legal que ostentan los kafiles respecto del menor. Se debe tener cuidado al dar una respuesta ya que va a tener gran impacto en lo que a Derecho de nacionalidad y de extranjería respecta, cuestión que se analizará en páginas siguientes.

En segundo lugar tenemos la kafala que se constituye sobre un menor que se encuentra en situación de abandono⁷.

La cuestión reside en determinar cuando un menor está en dicha situación. Esta se da según la opinión mayoritaria en los siguientes casos:

Cuando el menor que se encuentra abandonado no tenga padres conocidos, cuando su padre es desconocido y su madre lo ha abandonado voluntariamente, cuando el menor sea huérfano, cuando sus padres no dispongan de los medios necesarios para procurarle la debida asistencia o cuando no cumplan con los deberes de protección.

En virtud de lo anterior es entendible que este tipo de kafala solo puede quedar constituida mediante la previa declaración de desamparo del menor por parte de los Tribunales marroquíes, que luego procederán a otorgar al kafil la tutela dativa o representación legal del menor, aunque puede ser que solo se otorguen las facultades de educación, protección y alimentos del menor, quedando la función de representación asignada a otra persona.

⁷ Artículo 1 de la Ley 15-1 marroquí de guarda de menores abandonados.

Queda claro que la kafala no es una institución unívoca y que al igual que hay distintos tipos de kafala, el menor puede encontrarse en distintas situaciones. Va a ser de trascendental importancia determinar a efectos de los problemas que se pueden dar en España, si el menor ha sido o no previamente declarado abandonado y si la filiación de este es conocida o no.

4. La kafala en el derecho marroquí

España y Marruecos tienen una rica historia común y entre ambos estados existe una muy buena relación diplomática, la cual fue confirmada en el Tratado de Amistad, Buena Vecindad y Cooperación de 1991. En dicho tratado ambos estados se comprometen a cooperar para un mejor desarrollo, a no intervenir en asuntos internos, a abstenerse del empleo de la fuerza para la resolución de conflictos y al respeto de la soberanía del otro estado y de la legalidad internacional⁸.

Desde la perspectiva del derecho marroquí la kafala supone la posibilidad de ofrecer al menor que se halla en situación de abandono un entorno familiar en el que además de desarrollarse como individuo reciba la educación y protección por parte de adultos responsables que actuarán como si fuesen los progenitores.

A) Procedimiento

Para que una kafala pueda constituirse es necesaria la solicitud por parte de la persona o entidad interesada. Esta solicitud debe ser presentada junto con los documentos que se requieran ante el juez competente. Por tanto se deberá presentar al juez:

⁸ Gómez del Miño, P: Las relaciones entre España y Marruecos: perspectivas para el Siglo XXI. Página 108.

- Una solicitud por la cual el solicitante se compromete a encargarse del cuidado, protección y educación del menor como lo haría un padre por su propio hijo.
- Un certificado de domiciliación.
- Una partida de nacimiento del menor abandonado y del solicitante, a efectos de determinar que es mayor de edad.
- El documento de identidad.
- El certificado médico. Se pide con el motivo de constatar que el solicitante no padece enfermedades contagiosas u otras de cualquier índole que imposibilitasen el ejercicio de sus funciones como tutor⁹.
- Antecedentes penales.
- Acta matrimonial del matrimonio que solicita la kafala.
- Acta de conversión al islam. Se trata de un requisito que solo se pide a los extranjeros que desean constituir la institución objeto de estudio a pesar de no ser musulmanes.

Una vez presentada la solicitud el juez procederá a realizar un examen de los documentos, que además deben haberse traducido al árabe. Además podrá llevar a cabo una investigación para determinar la autenticidad de la firma.

Debido a que se trata de una institución de protección de menores es estrictamente necesaria la participación del Ministerio Fiscal, el cual tiene que presentar lo más rápido posible una demanda en la que quede suficientemente clara la situación de abandono del menor, aportando también los elementos de la investigación que le han conducido a esa conclusión¹⁰.

El fiscal durante el proceso va a llevar a cabo actividades de gran importancia:

⁹ Se trata de las enfermedades que puedan aparecer enumeradas en el Decreto Real número 554/65 de 26 de junio, sobre la obligatoriedad de declarar ciertas enfermedades, así como determinar medidas para evitar su difusión y contagio.

¹⁰ Artículo 1 del Dahír de 13 de junio de 2002 sobre la Kafala.

- Acordar el ingreso del menor en un centro social apropiado.
- Junto la policía debe recabar toda la información necesaria para determinar la edad del menor.
- Deberá de realizar dentro del plazo de treinta días la inscripción del menor en el Registro Civil basándose en un informe médico que determine la edad supuesta del niño y levantar el acta correspondiente.

El juez podrá solicitar la colaboración de todos los profesionales que crea conveniente para el desarrollo de la investigación, profesionales que a menudo son el profesor del menor o incluso un psicólogo infantil.

No podemos olvidar el artículo 12 del Convenio Internacional sobre Derechos del Niño de 1989 en virtud del cual, cuando el menor sea mayor de 12 años se tendrá en cuenta su opinión¹¹.

Para terminar, decir que la decisión de constituir la kafala es recurrible en el plazo ordinario de treinta días.

La ejecución será en quince días levantando acta de entrega del niño, que posteriormente deberá ser firmada por el agente de ejecución y el kafil.

A) *Condiciones para el otorgamiento*

Con respecto al Makful, la condición básica que se exige es que se encuentre abandonado, en otras palabras, no haber alcanzado los 18 años y haber nacido de padres desconocidos, ser

¹¹ ``Los Estados parte garantizan al niño con capacidad de discernimiento, el derecho a expresar libremente su opinión sobre toda cuestión que le interese. Las opiniones del niño deben ser tomadas en consideración teniendo en cuenta su edad y grado de madurez''.

huérfano, ser hijo de padres que no dispongan de los medios necesarios para hacerse cargo o ser hijo de padres irresponsables en sus obligaciones de educación y protección.

Cuando un menor es declarado abandonado los padres pierden inmediatamente la patria potestad, aunque puede que la pérdida tenga carácter temporal, no de forma permanente, de tal forma que una vez dejen de existir los motivos que provocaron que el menor quedase en situación de abandono, los padres podrán a través de resolución judicial recuperar la tutela.

En relación con el Kafil se establecen una serie de requisitos para asegurar la protección, educación y manutención del menor a su cargo¹².

Cuando hablamos de la obligación de manutención nos referimos a tener los medios necesarios para proveer al menor de vestimenta, comida, educación. A lo que hay que añadir, tal y como establece el Convenio Internacional sobre los Derechos del Niño, la debida protección para evitar la explotación económica.

En lo que concierne a la educación es necesario que el Kafil sea musulmán, para poder educar al menor en la fe islámica.

Por último, respecto a la protección, es necesario que no haya sido condenado por delitos contra la moral, y no padecer enfermedades contagiosas que pudieran poner en juego el bienestar del niño.

Puede darse el caso de que la kafala sea asumida por un organismo público (nunca uno privado, ya que tiene prohibido acoger niños abandonados), al cual se le exigirían los mismos deberes que a una persona física.

Es destacable que cuando son dos personas las que solicitan la kafala es necesario que sean cónyuges, que deberán de acreditarlo presentando acta matrimonial.

¹² Quiñones Escámez: Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes. Páginas 52 y siguientes.

5. Entrada de menores marroquíes en régimen de kafala en España.

Debido a que el menor marroquí sobre el que se ha constituido la kafala en un principio no puede adquirir la nacionalidad española, entra a nuestro territorio como un extranjero más y por consiguiente necesitará la documentación legal (el menor marroquí de padre también marroquí traído a España por un español).

Dicha entrada tiene lugar, a falta de previsión legal expresa, a través de lo establecido en la Ley de Extranjería y su Reglamento de Desarrollo¹³.

La entrada está regulada en la Instrucción de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 2007, sobre la kafala.

En virtud de esta Instrucción la documentación que deberá acompañar al menor variara en función del tipo de kafala a la que se encuentre sujeto.

Por un lado tenemos la que se constituyó por una autoridad extranjera, la cual no genera ningún vínculo de filiación, pero si un efecto similar a la tutela dativa, que en páginas posteriores veremos. Además la persona que ha solicitado la constitución actuará como representante legal y se le acogerá en España con carácter permanente, mientras que al menor se le otorgará un visado de residencia por agrupación familiar.

Por otro lado tenemos la kafala constituida por los propios padres biológicos del menor. A diferencia de lo visto en el primer tipo, esta kafala no general ningún tipo vínculo similar a la tutela dativa. La instrucción anteriormente mencionada también se ha ocupado de esta clase y establece que el hecho que los padres biológicos transmitan la patria potestad a un tercero no es válido en España.

¹³ L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración Social. 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.

Es totalmente comprensible afirmar que si se le niega al menor la solicitud de visado de reagrupación familiar y solo se concede un documento que permite al menor estar con carácter temporal en España se perjudica gravemente su interés.

Nuestras autoridades extranjeras tienen que aclarar hasta qué punto la constitución de kafala de tipo notarial lleva consigo la concesión de la representación legal del menor.

Si es así, lo mejor para el menor sería otorgar el visado de residencia por reagrupación familiar.

Sin embargo el TS discrepa¹⁴. Según su reiterada jurisprudencia, si el menor no ha sido anteriormente declarado en situación de desamparo no puede considerarse representante legal a quien se hace cargo de él. Motivo de esta conclusión no es tanto que la kafala notarial sea contraria a los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico, sino la necesidad de hacer una interpretación conforme de la normativa en materia de reagrupación familiar junto con la Directiva comunitaria.

Desde la perspectiva del TS denegar el visado no sería contrario al Derecho a la vida en familia que regula el artículo 16 de la Ley de Extranjería¹⁵ ni el artículo 20 del Convenio sobre 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.

Es posible entender que el razonamiento del tribunal no es lo más adecuado para el interés del menor que pudiera desearse, aunque por otro lado se debe entender que esta decisión se adopta entre otras cosas para controlar los flujos migratorios.

¹⁴ Sentencia del T.S del 9 de diciembre de 2011.

¹⁵ “Los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17”.

6. Problemas desde el punto de vista del Derecho de Extranjería

A continuación vamos a ver una serie de situaciones conflictivas que pueden darse en relación con el derecho de extranjería.

Como punto de partida hay que destacar el carácter temporal de la kafala. Esta puede terminar por causas relacionadas con el makful o con el kafil.

Un motivo es cuando el menor muere o cuando cumple los 18 años. Aunque esta es la regla general podemos encontrar excepciones, es el caso de los menores que sufren minusvalías, los que son incapaces para trabajar y las niñas, las cuales continúan en el régimen de kafala hasta que contraen matrimonio¹⁶. Lo que es indiscutible es que la kafala termina si fallece el makful. Entre otras causas de cese cabe citar que el kafil fallezca o pierda su capacidad o que los esposos responsables fallezcan, pierdan ambos su capacidad o que el matrimonio se anule.

El derecho marroquí nada dice sobre el cese de la kafala notarial pero lo normal será que esta lo haga cuando los progenitores así lo deseen.

A continuación se va a tratar uno de las cuestiones más problemáticas en relación con el derecho de extranjería: ¿qué sucede si el menor sobre el que se ha constituido kafala al viajar a España es abandonado?

A esta pregunta habrá que darle respuesta teniendo siempre presente cual será el interés del menor. Ante este interrogante se presentan dos posibles soluciones: repatriar al menor o que este permanezca en España.

Si se tomase la decisión de repatriar, en el caso de que la kafala fuese judicial debería hacerse a través de los servicios sociales marroquíes y si fuese notarial se debería entregar el menor a sus progenitores.

¹⁶ Diago Diago, P: La kafala islámica. Página 145.

Sin embargo si se decidiese que el menor va a seguir en España las autoridades españolas tendrían que proveerle de la oportuna autorización y adoptar las medidas de protección necesarias.

Si el menor no hubiese obtenido la nacionalidad española o la condición de residente legal de larga duración se tendrá que establecer el tipo de autorización que se debe conceder a este una vez quede sin efecto la autorización que le permitió entrar a España. Si se le hubiese concedido esta autorización por un plazo superior a cinco años podría obtener la residencia legal de larga duración.

Si por el contrario se le hubiese concedido por un plazo inferior, al considerarse menor no acompañado (condición que se obtiene cuando el menor no está al cuidado de un adulto con representación jurídica), la Administración tendría que proceder a concederle la oportuna autorización¹⁷.

Es importante destacar que la obtención de la nacionalidad española o el estatuto de residente de larga duración permite al kafil español solicitar a la autoridad competente la adopción si ha alcanzado la mayoría de edad ya que no regiría la prohibición de adopción presente en el derecho marroquí.

7. Kafala marroquí en España

En primer lugar procederé a analizar si la kafala puede ser una forma de adquisición de la nacionalidad española. La respuesta a esta cuestión es que no.

¹⁷ Ex art. 35.7º Ley de Extranjería.

El menor sobre el que se ha constituido kafala no adquiere por ese simple hecho la nacionalidad española.

Esto tiene una explicación, y es que el menor sobre que el recae kafala no es asimilable al menor adoptado por españoles, en otras palabras, la kafala no es lo mismo que la adopción.

Respecto a la kafala notarial, se plantean problemas debido a que los progenitores han cedido la protección del menor a un español que va a ser el kafil, de esta forma, los progenitores siguen teniendo la patria potestad y el menor, en virtud del artículo 22.2º c) CC¹⁸, solo podrá adquirir la nacionalidad española por el plazo de un año por estar sujeto a la tutela de un español durante dos años consecutivos, siempre y cuando dicha kafala sea válida en España, lo que indudablemente implica que tenga que pasar el control que lleven a cabo las autoridades españolas.

Sea como fuere, no podemos pasar por alto una de las exigencias del gobierno marroquí para desbloquear las kafalas de familias españolas, y es que en todo momento se debe respetar la nacionalidad de los menores que lleguen a nuestro país en régimen de kafala, es decir, si el gobierno de España incumpliera las exigencias del gobierno de Marruecos, los menores que llegan a nuestro territorio nunca podrían obtener la nacionalidad española, tampoco por residencia.

¹⁸Artículo 22.2 c): ``*El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud*''.

A) Calificación

La institución de la kafala requiere que hagamos un proceso de calificación para averiguar cuál es su función y de este modo darle cabida en alguna de nuestras instituciones jurídicas.

El problema de la calificación aumenta cuando nos encontramos ante instituciones desconocidas en nuestro ordenamiento jurídico como la kafala.

La equivalencia funcional

Dentro de la abundante jurisprudencia encontramos la tesis de la equivalencia funcional¹⁹. Esta permite la adopción de menores en Marruecos que están en régimen de kafala, la cual ha sido previamente constituida por autoridad extranjera marroquí.

Esto tiene su fundamento en el artículo 34 de la Ley de Adopción Internacional. Una vez realizada la calificación funcional de la kafala se podría llegar a una adopción

Para poder entender esta tesis es preciso tener presente que en la DGRN²⁰ se desprende que la función que cumple la kafala es equiparable a la del acogimiento familiar en el derecho español.

Es importante destacar que lo que se pretende no es unificar ambas figuras, sino más bien averiguar la función que estas cumplen.

Para que proceda la equiparación de efectos se piden una serie de requisitos²¹ tales como que la institución despliegue efectos similares al acogimiento o la tutela de nuestro

¹⁹ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de junio de 2011.

²⁰ RDGRN 14 de mayo de 1992, RDGRN 13 de octubre de 1995, RDGRN 21 de marzo de 2006.

²¹ Artículos 1 a 4 de la Ley 54/2007 de adopción internacional.

ordenamiento, que haya sido adoptada por la autoridad competente, que la medida no resulte contraria al orden público internacional español.

La posibilidad de realizar una adopción partiendo de cero es por tanto la consecuencia de la equiparación de funciones de la kafala por un lado y el acogimiento por otro.

Incluso cuando la ley nacional del adoptando prohíbe la adopción sería posible esto, pero solo cuando se trate de una kafala en la que el menor se encuentra abandonado, es decir, no se contempla la adopción cuando estemos ante una kafala notarial.

La Circular de 15 de julio de 2006 de la DGRN, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales determinó que la kafala no puede ser reconocida en España como adopción, sin embargo también dijo que debido a las grandes similitudes desde el punto de vista de sus funciones podía considerarse un acogimiento familiar.

La Ley de Adopción Internacional no se limita a concretar lo que ya se dijo en la DGRN, sino que esta va más allá al estipular en su artículo 34 que también puede haber equiparación funcional entre la kafala y la tutela.

Como en páginas posteriores veremos pese a presentar bastantes similitudes ni el acogimiento familiar ni la tutela tal y como se regulan en nuestro ordenamiento son instituciones equivalentes a la kafala²².

Además esta situación se complica aún más porque en Marruecos como hemos podido comprobar existen varios tipos de kafala. Si se decidiese adoptar una decisión que respetase lo máximo posible el derecho extranjero se permitiría que la kafala desplegase en España todos los efectos que le son propios. Sin embargo esta no es la realidad ya que nuestras autoridades suelen nacionalizar las instituciones extranjeras normalmente a través de la sustitución.

²² Diago DIAGO: La kafala islámica. Páginas 16-18.

A) *Orden público internacional*

Una vez sabida la función de la kafala y sus efectos podemos concluir que no es contraria a nuestro orden público internacional²³.

Es una medida de protección de menores que no contradice en nada nuestros principios fundamentales, y por ello el hecho de rechazarla exclusivamente por ser una institución no perteneciente a nuestra cultura supondría una contradicción con nuestro ordenamiento jurídico y por tanto se iría en contra del interés del menor.

Una vez la resolución extranjera que adopta la kafala ha superado los pertinentes controles producirá sus efectos, habiendo superado nuestro orden público internacional.

8. Técnica de sustitución y posible asimilación²⁴.

Será a partir de cuándo la resolución extranjera de kafala es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico cuando el menor a favor de cual se constituye la medida de protección va a poder beneficiarse de los efectos propios de la kafala. Es por esto que una vez reconocida la resolución una de las primeras cosas que tenemos que cuestionarnos es determinar cuáles van a ser los efectos que va a desplegar la kafala en España.

En una primera aproximación cabe preguntarnos si es posible sustituir la kafala por otra institución de protección de menores que sea propia del ordenamiento español, es decir, si existe una institución similar en el derecho español procederá la sustitución, de ser así los efectos que se producirán serán los establecidos en el derecho español para esa institución.

²³ Quiñones Escámez: La protección del menor venido a España en kafala. Página 157.

²⁴ Calvo Caravaca/ Carrascosa González: Derecho Internacional Privado. Volumen II Páginas 324 y siguientes.

En nuestro derecho tenemos tres posibles figuras adecuadas para la sustitución: la adopción, el acogimiento familiar y la tutela.

A) La adopción

Si prestamos atención a las funciones que cumple la kafala de tipo judicial enseguida nos percatamos que existe una importante similitud con las funciones que desempeña la adopción ya que no solo son de carácter material y espiritual, sino que también se incluye la protección del menor, además de la tutela dativa y representación legal en el caso de que se haya establecido en la resolución que adopta la kafala.

Esta cercanía entre las funciones de ambas instituciones se hace más palpable cuando se dice que en el derecho marroquí deben ser ejercidas de la misma manera que lo haría un padre por su hijo.

La cercanía entre la adopción y la kafala ha sido tenido en cuenta por el Convenio de la Haya de 1996 sobre la protección internacional de los niños hasta el punto en que en este Convenio se dice que la kafala es una institución de derecho islámico con equivalencia funcional con la adopción.

Por tanto, de las tres posibles instituciones de derecho español mencionadas parece que la adopción es una seria candidata para la sustitución. Sin embargo hay un obstáculo para que esto suceda y es que no está incluida en el Convenio de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación internacional en materia de adopción internacional, por la razón de que no general vínculos de filiación.

Es fácilmente comprensible que la kafala no puede equipararse a la adopción, debido a que la adopción tiene como una de sus finalidades generar un vínculo de filiación, por ello nunca será reconocida en el ordenamiento español como adopción.

Dejando de lado las diferencias jurídicas existentes entre las dos figuras, es también importante destacar el gran efecto psicológico que tiene la adopción para el adoptante y en especial para el adoptado ya que supone el choque entre dos culturas muy diferentes, el menor pasa de estar abandonado en un país islámico a la vida en familia en un país occidental.

B) Acogimiento familiar y tutela

Ahora es el turno de entrar a ver otras dos medidas de protección del menor sobre las que podría plantearse la sustitución: el acogimiento y la tutela.

Tendrá que realizarse un test de equivalencia para comprobar si la sustitución puede operar y solo en el caso de que resulte positivo procederá la sustitución.

Encontramos un primer óbice en nuestra búsqueda de la equivalencia. A pesar de que la kafala tiene un único significado debemos recordar que es una institución que puede ser de varias clases de modo que la figura de derecho español sustituible necesariamente tendrá que ser lo bastante versátil para comprender las funciones de los distintos tipos de kafala.

Otro problema, este quizás más obvio que el anterior, lo van a suponer las principales diferencias desde el punto de vista del derecho de familia que hay entre el ordenamiento jurídico español y los de inspiración islámica, como es el caso del marroquí. Esto es de una importancia enorme ya que en el ordenamiento marroquí no hay un concepto para referirse a la patria potestad o la custodia propia de nuestro derecho

Si la kafala es judicial y hay un menor abandonado se van a analizar las instituciones que forman parte de nuestro sistema público de protección de menores.

En nuestro derecho es la entidad pública la que debe apreciar la situación de abandono sin que sea necesario intervención judicial alguna. Sin embargo esto no es lo que sucede en el

derecho marroquí ya que es el Tribunal de Tutelas quien debe declarar la situación de abandono mediante resolución. La Administración debe actuar en base al principio de integración familiar y lograr la reinserción del menor en la propia familia. Solo cuando esto no sea posible se acudirá a la adopción.

Por el simple cese de las causas que dieron lugar al abandono del menor los padres no recuperan la tutela, es precisa una resolución judicial. Es muy conveniente, al igual que estipula la ley, que el tribunal de audiencia al menor cuando haya alcanzado la edad de discernimiento.

Si se presenta un caso en el que la reinserción no es posible y la adopción no parece lo más conveniente, podrá constituirse un acogimiento familiar permanente.

La finalidad de este acogimiento no es otra que generar los efectos propios de la patria potestad entre las distintas partes del acogimiento (menor y acogedores). En otras palabras la obligación por parte de los acogedores de alimentar, educar y tener en su compañía al menor.

Si comparamos el acogimiento con la kafala podemos constatar que el acogimiento se exige un compromiso mucho menor. De esto nos podemos percibir fácilmente ya que el acogimiento puede cesar por el simple acuerdo de las personas que tienen al menor acogido, eso sí, deben haber comunicado su decisión anteriormente a la entidad pública competente. En el caso de la kafala, para su cancelación motivada por decisión de la persona que solicito su constitución es necesario resolución judicial.

Además la kafala tampoco puede cesar a petición de los padres que tengan la patria potestad o del tutor y que reclamen su compañía tal y como si puede ocurrir en el acogimiento.

No cabe duda que el acogimiento familiar propio de nuestro ordenamiento si bien tiene funciones similares a la kafala nunca podrán considerarse equivalentes debido al menor grado de

compromiso que se exige al acogedor. Esta es la razón por la que no puede operar la sustitución y no se permite reconocer la kafala como acogimiento.

Ahora toca analizar la figura de la tutela, a través de la cual se trata de suplir la falta de patria potestad. Su fin principal es suplir la capacidad de obrar de quien carece de ella.

Cuando los menores se encuentran en situación de desamparo se constituye la tutela de tipo administrativa, la cual tiene como especialidad que es una Entidad Pública la que asume tanto la titularidad como la responsabilidad de acordar las medidas de protección adecuadas cuando no sea posible la reinserción familiar (acogimiento y adopción). Sin embargo existe la posibilidad de nombrar a un tutor ordinario cuando existan personas especialmente relacionadas con el menor que puedan hacerse cargo de las responsabilidades propias de la tutela.

Por tanto es conveniente analizar si este segundo tipo de tutela es más equiparable a la kafala notarial (para menores no abandonados) desde el punto de vista funcional.

Es interesante partir de la idea ya mencionada de que en el derecho marroquí no existe una figura asimilable a la patria potestad de nuestro ordenamiento jurídico y al tener la tutela como función principal suplir la carencia de patria potestad se van a producir inevitablemente problemas.

Aunque considerásemos que las funciones de la kafala son equivalentes a las que conforman la patria potestad y de esa manera podría operar la sustitución habría otro impedimento.

Resulta que en las kafalas notariales el padre es el que mantiene la representación del menor (aunque delegan ciertas funciones) y por eso no se tendrá que suplir la capacidad de obrar del menor.

En virtud de todo lo que se acaba de exponer queda claro que entre la kafala y la tutela no puede producirse la sustitución ya que no hay equivalencia de funciones y por tanto no va a producirse el reconocimiento de la resolución extranjera de kafala como tutela.

En relación con la kafala judicial pese a que lo normal es que se designe como tutor dativo al kafil no siempre va a ser es así. Cabe la posibilidad de nombrar como representante legal a otra persona de forma que las funciones propias de la tutela (educación, alimentación, protección) a las que hay que añadir la de administrar el patrimonio del menor tutelado pueden ser asignadas a personas diferentes.

En definitiva podemos decir que la kafala es una institución multifuncional que está tan ligada al derecho islámico que muy difficilmente podremos asimilarla a las instituciones de protección de menores propias de nuestro derecho.

Ha quedado demostrado que no es posible asimilar la kafala a ninguna de las instituciones propias de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo cabe la posibilidad de ir analizando cada caso concreto desde la óptica del derecho marroquí para ver la función que desempeña la kafala y una vez identificada se buscará la figura de derecho español que más se parezca desde el plano funcional, pero reducida a los efectos que deseé que despliegue la resolución.

9. Normas y condiciones de denegación de una kafala marroquí

Tal y como hemos podido comprobar, cuando se cumplan los requisitos exigidos, la kafala marroquí se puede reconocer en España tanto como acogimiento familiar o como tutela.

El artículo 144 de Ley 1/2000 de 7 de enero de enjuiciamiento civil exigía la traducción al idioma oficial español²⁵. La DGRN pasó por alto el detalle de que el reconocimiento en España de una kafala depende de su propio ordenamiento jurídico.

Se debe destacar debido a su importancia en esta materia dos instrumentos que involucran tanto a España como a Marruecos:

En primer lugar el Convenio de la Haya de 1996 de competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación sobre responsabilidad parental y medidas de protección de los niños²⁶.

En segundo lugar tenemos el Convenio Hispano-Marroquí sobre cooperación en diversos ámbitos hecho el 30 de mayo de 1997 en Madrid²⁷.

En nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 96.1º de la Constitución española²⁸ tienen preferencia los Convenios Internacionales, de tal forma que el artículo 34 de la Ley de adopción internacional tendrá una aplicación subsidiaria.

Para establecer el régimen jurídico aplicable al reconocimiento deberemos tener en cuenta dos factores: el momento en el que se constituyó la kafala y la clase de kafala ante la que nos encontramos.

Tenemos que determinar hasta qué punto el convenio bilateral, que no se va a aplicar a las resoluciones notariales, es de aplicación al reconocimiento de las kafalas judiciales.

²⁵ ``A todo documento redactado en idioma que no sea el castellano o, en su caso, la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma de que se trate, se acompañará la traducción del mismo''.

²⁶ Publicado en el BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

²⁷ Publicado en el BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997.

²⁸ ``Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional''.

No podemos olvidar que cuando hablamos de kafalas judiciales estamos ante actos de jurisdicción voluntaria. Al no determinar el Convenio a qué tipo de resoluciones se aplica debemos suponer que es tanto a las de jurisdicción voluntaria como a las recaídas en procedimientos contenciosos.

A analizar las causas que provocan que el reconocimiento sea denegado encontramos una que rompe con la regla anteriormente vista: ``las partes no hayan sido legalmente citadas'', ya que se trata de una regla pensada para los procedimientos contenciosos.

Esto nos puede llevar a la conclusión de que cuando el Convenio habla de resoluciones quiere hacer referencia a las que han sido objeto de un procedimiento contencioso.

Por otro lado está el Convenio de La Haya que aparentemente está mejor articulado que el bilateral ya que en su artículo 23 establece causas de denegación especialmente pensadas para la kafala²⁹.

Por tanto la normativa aplicable al reconocimiento de la kafala depende de como sea la interpretación que se haga del concepto de resolución del Convenio bilateral, ya que si se hace de forma amplia las kafalas anteriormente constituidas al Convenio de La Haya se reconocerán a través de dicha norma (art 53³⁰) y no se aplicará el artículo 34 de la Ley de Adopción Internacional.

²⁹ Artículo 23 f): ``si no se ha respetado el procedimiento previsto en el art. 33'' Artículo 33: ``1. Cuando la autoridad competente en virtud de los artículos 5 a 10 prevea la colocación del niño en una familia de 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''.

³⁰ ``El Convenio se aplicará tan sólo a las medidas adoptadas en un Estado después de la entrada en vigor del Convenio para dicho Estado. 2. El Convenio se aplicará al reconocimiento y a la ejecución de las medidas adoptadas después de su entrada en vigor en las relaciones entre el Estado en que se han adoptado las medidas y el Estado requerido ''.

Pero si interpretamos el término estrictamente, el artículo 34 cobraría una mayor relevancia ya que se aplicaría a las kafalas creadas antes del 1 de enero de 2011 y después de la entrada en vigor de la Ley de adopción internacional.

10. Problemas de la Kafala marroquí en España

Una vez se ha producido el reconocimiento de la resolución extranjera de kafala por parte de las autoridades competentes cabe plantear si es posible adoptar al menor que ha venido a España en régimen kafala.

Ni ahora ni el futuro se podrá contemplar esto aún más si tenemos en cuenta la postura mantenida por el Gobierno marroquí. El status jurídico del menor venido a España en una kafala será exclusivamente el de acogido o tutelado siempre y cuando nuestras autoridades reconozcan la medida de protección.

Debido al carácter temporal que presentan la kafala, el acogimiento y la tutela, la llegada a España de un menor bajo el régimen de kafala y que no puede ser adoptado es normal que ocasione una desprotección para este.

Ante esta situación tendría que plantearse si el menor debe regresa a su país de origen o permanecer en España y que las autoridades establezcan las medidas que crean oportunas. También hay que preguntarse si dentro de las causas que ponen fin a la kafala está la decisión del kafil.

Como cada ordenamiento establece una cosa en lo que respecta a las causas que suponen el fin de una medida de protección se tiene que determinar en qué ordenamiento estamos, cosa que depende de la autoridad ante la que se ha constituido la medida.

Por tanto, salvo si la kafala se ha nacionalizado (se encuentra reconocida bien como acogimiento o como tutela) la cuestión sobre las causas de cese de la medida de protección dependerá del derecho marroquí. Si por el contrario no se hubiese nacionalizado aplicaríamos el ordenamiento jurídico español.

Mientras que en nuestro ordenamiento jurídico se contempla la decisión unilateral del kafil de poner fin a sus obligaciones como forma de cese de la medida, el derecho marroquí no prevé esta posibilidad.

Ahora queda determinar lo que sucedería con el menor una vez se ha producido el cese de la medida. Para determinar la competencia judicial internacional acudimos al Reglamento 2201/2003 del Consejo de 2003, de la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II. Bis).

Atendiendo al interés superior del menor y al principio de proximidad la competencia judicial internacional no hay inconveniente en atribuirla a nuestros tribunales ya que el menor tiene su residencia habitual ya en España.

A continuación se debe decidir qué medidas de protección se van a adoptar. Para ello debemos acudir al Convenio de la Haya de 1996, el cual es de aplicación universal³¹, ya que es una cuestión que pertenece al derecho aplicable y el Reglamento de Bruselas II no lo contempla. El Convenio de la Haya, en su artículo 15.1º nos lleva a aplicar la ley española³².

³¹ Artículo 20: "Las disposiciones del presente Capítulo se aplicarán incluso si designan la ley de un Estado no contratante".

³² "En el ejercicio de la competencia atribuida por las disposiciones del Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley".

Por último puede suceder que una pareja de españoles sean los kafiles y si se divorcien, entonces el menor podría verse desprotegido. Queda saber entonces que es lo que pasaría con el menor y si la kafala cesase.

Se trata de una cuestión que no puede resolverse atendiendo a la ley reguladora del divorcio. Acudiremos al Convenio de la Haya en virtud del cual se aplica la lex fori, aunque el Código Civil no resuelve este tema de manera expresa.

Por tanto será la autoridad administrativa competente la que tendrá que resolver caso por caso teniendo en cuenta sobre todo el interés del menor, además de las circunstancias concretas de este.

11. STSJ de Madrid de 31 de enero de 2008.

A modo de concretar todo lo expresado hasta ahora, parece apropiado traer a colación la argumentación jurídica vertida en la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid de 31 de enero de 2008:

D. Lázaro, un nacional marroquí en 2003 solicita al INSS que se le conceda una pensión de orfandad a favor de sus hijos, ambos también de nacionalidad marroquí, debido a la muerte de su esposa.

Previamente en Marruecos se constituyó una kafala judicial, por la que el matrimonio se obligaba a procurar a los niños protección, alimento y educación.

La pretensión quedó en un primer momento denegada por el INSS ya que entendió que los hijos no tenían la condición de beneficiarios de la pensión de orfandad, son beneficiarios de la misma los hijos del causante cualquiera que sea su filiación que en el momento del fallecimiento no hubiesen alcanzado la mayoría de edad o si la hubieran alcanzado estuvieran incapacitados para trabajar,

D. Lázaro interpuso recurso ante el Juzgado de lo Social número 10 de Madrid, el cual estableció que procedía la pretensión del recurrente, es decir, concedió a sus hijos la pensión de orfandad.

Entre la argumentación que utiliza el juzgado de lo social en su sentencia cabe destacar el artículo 175 TRLGSS, en virtud del cual son beneficiarios los hijos del causante con independencia de cuál sea la naturaleza de la filiación.

La ley marroquí relativa a la kafala de menores abandonados no prevé que la kafala cree vínculos de filiación, por lo que no se cumple el requisito de filiación que requiere la Ley española. El tribunal trata tanto de dar cumplimiento al principio *in dubio pro beneficiario* como buscar la justicia material.

Para el juzgado dar un trato desigual al menor extranjero que debido a su ley personal no puedo acceder a una institución que le atribuya la filiación implica vulnerar el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de nuestra constitución.

El INSS cuando resolvió no contempló en principio de discriminación por razón de filiación.

Junto al principio de no discriminación por razón de filiación se están conectados los principios de protección integral de los hijos con independencia de su filiación (artículo 39.2 CE) y el deber de los padres de prestar asistencia a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio durante su minoría de edad y en los supuestos en los que legalmente proceda (artículo 39.3 CE).

En el caso de denegar la pensión se minusvaloraría los derechos de los extranjeros cuya ley personal no contempla la adopción, ya que se verían en desventaja con respecto a aquellos extranjeros cuya legislación reconoce la institución de la adopción, debido a que a estos les sería concedida de forma automática la pensión.

Es por todo esto que el hecho determinante a la hora conceder la pensión debe ser el fallecimiento de uno de los padres, llevando a cada una aplicación flexible que no exija el requisito de la filiación.

El letrado del INSS en su recurso argumenta que el hecho de que se conceda pensión de orfandad a los acogidos en virtud de kafala y no a los acogidos españoles supone una discriminación, estableciendo el Tribunal que el artículo 175 TRLGSS no es contrario al principio de igualdad ante la Ley por establecer una regulación diferente entre los hijos naturales y adoptados, por un lado, y los acogidos permanentemente, pues la distinta regulación resulta justificada, objetiva y razonable.

El tribunal superior de Justicia cree que la pensión de orfandad tiene como finalidad compensar una pérdida que afecta a los menores por el fallecimiento de una persona trabajadora que se había comprometido a cuidarlo. El TSJ discrepa con la argumentación sostenida por el Tribunal de Instancia, entiende que no es tanto el artículo que recoge el principio de igualdad al que debe darse cumplimiento sino, el derecho de los extranjeros al trabajo, a la Seguridad Social y a las prestaciones derivadas de la misma.

Lo que resulta decisivo para justificar el acceso o no a las prestaciones es la obligación asistencial que recae sobre el causante, procediendo a examinar la función que la institución cumple en el extranjero.

El tribunal sostiene en su resolución que la kafala cumple con la misma función que la adopción (la obligación de guarda y cuidado de los hijos), y por tanto procede la concesión de la pensión a favor de los hijos.

12. Conclusión

Como puede deducirse de la lectura del presente trabajo la figura de la kafala alcanza su máxima importancia cuando se pone en relación con la enorme cantidad de menores que se encuentran necesitados en países islámicos. A lo largo estas páginas se ha tratado sobre todo la kafala en Marruecos y es cierto que en este país se están llevando a cabo gran cantidad de iniciativas para proteger a los menores necesitados, como es el caso de Aldeas Infantiles, fundándose la primera el 30 de marzo de 1985.

Por otro lado está la Liga marroquí para la protección de la infancia encargada de la supervisión de centros de acogida en los que se alojan menores abandonados forzados a vivir lejos de sus familias.

No cabe duda que en un mundo en el cual son cada vez más frecuentes las relaciones jurídicas transfronterizas es fundamental para el interés superior del menor que se respete de forma íntegra la kafala, ya que a través de esta institución se asegura el cuidado de los menores en situación de abandono así como se les garantiza una vida futura de felicidad.

Lo cierto es que hoy por hoy el futuro de la kafala en nuestro país es incierto, nos es imposible asegurar que no se pongan fin a las kafalas transfronterizas o que no se produzca una modificación de nuestro ordenamiento jurídico con el fin de incluir esta institución.

Independientemente de cuáles sean las medidas que se tomen en relación con la figura objeto de estudio se debe respetar su fin supremo: la protección internacional de los menores y su derecho a ser educados en un ambiente adecuado a su crecimiento y desarrollo como seres humanos.

13. Bibliografía

-Libros:

CALVO CARAVACA, A/ CARRASCOSA GONZALEZ, J: Derecho Internacional Privado.

GONZALEZ DEL MIÑO, P: Las relaciones entre España y Marruecos: perspectivas para el Siglo XXI.

QUIÑONES ESCAMEZ, A: La protección del niño venido a España en Kafala: acogimiento con tutela dativa, y en su caso, adopción.

CALVO CARAVACA, A/ CARRASCOSA GONZALEZ, J: La ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (reflexiones y comentarios).

-Revistas:

DIAGO DIAGO, P: Concepción islámica de la familia y sus repercusiones el Derecho

Internacional Privado.

PARADELA AREÁN, P: Breve comentario a la Ley 5472007 de adopción internacional.

QUIÑONES ESCAMEZ, A/ RODRIGUEZ BENOR, A: Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes.

-Jurisprudencia:

Sentencia del Tribunal Supremo del 9 de diciembre de 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid de 31 de enero de 2008.

Resolución de la Dirección general de Registros y Notariado del 14 de mayo de 1992.

Resolución de la Dirección general de Registros y Notariado del 21 de marzo de 2006.

-Legislación:

Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Convenio sobre los Derecho del Niño, el cual tuvo lugar en Nueva York el 20 de noviembre de 1989.

Convenio 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.

Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997.

Tratado de Amistad, Buena Vecindad y Cooperación entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Rabat el 4 de julio de 1991.

Código de la familia de Marruecos.

Circular del Gobierno de Marruecos de 7 de febrero de 1996.

Dahír de 13 de junio de 2002 sobre la Kafala.

