

# DERECHO ISLÁMICO Y ADOPCIÓN DE MENORES: LEGITIMIDAD, APLICABILIDAD Y EFICACIA JURÍDICA DE LA *KAFĀLA* Y SU RECONOCIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGELINO

ANTONIO TORRES FERNÁNDEZ  
*Middlesex University. Londres*

## Resumen

Este artículo tiene como objetivo estudiar la *kafāla* islámica desde una perspectiva doble. Por un lado, se analizará la *kafāla* como una figura del Derecho islámico clásico para, después, estudiar cómo ha trascendido la jurisprudencia clásica para formar parte de los modernos ordenamientos jurídicos de los Estados-nación de mayoría musulmana como Argelia. Por último, se analizará, también, el reconocimiento de esta figura legal en el ámbito de la Unión Europea, en relación al Asunto C-129/18, que involucra a ciudadanos de nacionalidad francesa, residencia en Reino Unido y una menor acogida bajo la *kafāla* en Argelia.

**Palabras clave:** *Kafāla*, acogimiento legal, adopción, Derecho islámico, Unión Europea.

## Abstract

This paper seeks to study the Islamic *kafalah* from a double perspective. On the one hand, we will analyse *kafalah* as a figure of classical Islamic law. On the other hand, we will also study how it has transcended classical jurisprudence to become part of the modern legal systems of modern, Muslim states such as Algeria. Finally, we will analyse the recognition of this legal figure within the European Union in relation to Case C-129/18, which involves citizens of French nationality, residence in the United Kingdom and a minor reception under *kafalah* in Algeria.

**Keywords:** *Kafalah*, adoption, Islamic law, European Union.

## INTRODUCCIÓN

El derecho islámico es una materia compleja, llena de matices y sujeta a interpretaciones. Una de las instituciones jurídicas de trascendencia histórica que ha sobrevivido a través de los siglos y ha llegado a cristalizar en los ordenamientos jurídicos de los modernos Estados-nación de mayoría musulmana, como Argelia, es la *kafāla* islámica: una figura que persigue, a través de diferentes presupuestos legales, que los menores que se encuentren en situación de orfandad puedan acceder a la protección y el

apoyo de una familia de acogida, mientras conservan los lazos sanguíneos con su familia biológica.

Para poder comprender en profundidad, tanto los argumentos islámicos que sustentan la *kafāla* —en detrimento de la adopción—, como los principios jurídicos que hay detrás de esta forma de acogimiento, se pondrá especial énfasis en el estudio del contexto histórico del que nace; pues la cultura, la filiación y las prohibiciones de matrimonios consanguíneos, como se verá más adelante, van a marcar el devenir de la cuestión.

La importancia de esta figura jurídica, como se verá en el último punto de este trabajo, ha trascendido las fronteras del norte de África y ha hecho que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tenga que pronunciarse sobre los límites del acogimiento legal bajo la *kafāla*, que reconocen en su legalidad vigente diversos países como Argelia, y dilucidar hasta dónde podría asimilarse esta figura con la adopción, para considerar a los menores tutelados como descendientes directos de los ciudadanos de la unión europea que sean tutores de menores bajo esta figura.

## I. ACOGIMIENTO LEGAL O ADOPCIÓN: ¿QUÉ ES LA *KAFĀLA* ISLÁMICA?

La figura de la *kafāla* islámica, por su evolución histórica, tiene una configuración legal que la hace diferenciarse de la adopción de forma clara, por diferentes motivos. En primer lugar, la *kafāla* aparece en un contexto muy particular, como contraposición a la adopción, que se solía practicar en tiempos preislámicos y, también, durante los incipientes años iniciales de la revelación islámica<sup>1</sup>. Desde este punto de vista, queda claro que la *kafāla* no puede asimilarse a la adopción, si se atiende a una interpretación de la norma basada en la teoría de la voluntad del legislador<sup>2</sup>; es decir, una interpretación jurídica que busca que la interpretación de la ley o norma jurídica venga a realizarse en concordancia con la voluntad que tenía el legislador en el momento de elaborar dicha norma. Se trata, por tanto, de una forma de concebir la interpretación normativa que se encuentra a caballo entre las teorías primitivas asentadas por los

1 Ibn El-Neil, *The Truth About Islam*, Nueva York, Eloquent Books, 2008, p. 47.

2 Manuel Segura Ortega, *Sobre la interpretación del derecho*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela. Servicio de Publicaciones e Intercambio científico, 2003, p. 69.

jurisconsultos romanos del *Ius Strictum*<sup>3</sup>, y otras teorías de corte moderno, como la objetiva o evolutiva. En suma, la teoría de la voluntad del legislador se aparta de la interpretación primitiva del tenor literal de la norma, pero tampoco puede encajarse en la visión contemporánea de las interpretaciones normativas objetivas, o evolutivas, tan utilizadas, pero tampoco en el Derecho Civil europeo, desde mediados del siglo pasado, y que sigue siendo mayoritariamente aceptada por los juristas en la actualidad. En cualquier caso, la teoría de la voluntad del legislador sí parece especialmente válida, *prima facie*, a la hora de aproximarse a textos de gran complejidad, como lo son las fuentes del derecho islámico, dada la naturaleza intrínseca de estos textos.

En segundo lugar, la *kafāla* no podría asimilarse a la adopción dada la especial protección de la familia natural en el derecho islámico, que lucha por la preservación de los lazos sanguíneos con los parientes biológicos<sup>4</sup>. Sin embargo, el islam también reconoce la importancia del desarrollo del niño —bien porque sea huérfano o porque sus padres no puedan hacerse cargo de la manutención del menor—, y por ese motivo contempla la figura de la *kafāla*: una suerte de acogimiento legal de menores que brinda al niño un apoyo a nivel económico y de educación, pero que al mismo tiempo mantiene en vigor los lazos familiares naturales. Esto es, en el ámbito musulmán, la *kafāla* sería la figura preferida a la adopción, por cuanto ésta, en términos habituales, supondría la reasignación filial permanente del hijo adoptado en relación con su nueva familia. Esto supone, necesariamente, que al menos, a nivel legal, la relación que unía al hijo con la anterior familia quede desdibujada o borrada, y se establezca un parentesco nuevo. El menoscabo en la preservación de los lazos familiares con los parientes biológicos y la línea sanguínea familiar —que el islam trata de proteger<sup>5</sup>— es, en este caso, evidente. La preferencia en el mundo islámico del acogimiento de menores musulmanes, en definitiva,

3 Joaquín Rodrigo Argés, *Ius cogens: La actualidad de un tópico jurídico clásico*, Madrid, Reus Editorial, 2019, p. 134.

4 Kerry O'Halloran, *Ius Gentium. Comparative Perspectives on Law and Justice. The Politics of Adoption: International Perspectives on Law, Policy and Practice*, Nueva York, Springer, 2006, p. 605.

5 Marie-Claire Foblets, Jean-François Gaudreault-DesBiens y Alison Dundes Renteln, *Cultural Diversity and the Law: State Responses from Around the World: Proceedings of the Colloquium. The Response of State Law to the Expression of Cultural Diversity*, Bruselas, Bruylant, 2006, p. 442.

podría resumirse del modo siguiente:

Kafalah seeks to preserve the child's lineage, ensuring that he or she maintains a sense of his or her origins and family [...] If the child is placed with another family he or she remains part of his or her natal bloodline, maintaining the familiar birth name, even when reared in another family<sup>6</sup>.

Es importante resaltar en este punto que el hecho de que no se produzca una modificación de la filiación, acarrea ciertos efectos patrimoniales: el menor protegido por la *kafāla* o *makfūl* no podrá acceder a la herencia del *kāfil* o tutor, pues como el menor no queda reconocido como hijo legítimo del *kāfil*, no tiene derecho a herencia, ni a llevar el nombre familiar o patronímico<sup>7</sup>. Sin embargo, como se verá en el siguiente punto, en tiempos previos a la llegada del islam, este modelo de familia no era el predominante en la península Arábiga. El islam supuso un cambio en el sistema del Derecho de familia y, más concretamente, en el ámbito de la adopción de menores, a través de la introducción de nuevas instituciones legales, como la figura de la *kafāla* que, en efecto, como ya se está viendo, encaja más en las definiciones modernas de acogimiento legal que en la formulación de una adopción propiamente dicha.

El principal punto de inflexión aquí es, pues, no tanto el hecho de que exista *kafāla* o adopción, pues ambas se erigen sobre el presupuesto de que la relación entre las partes intervinientes se basa, principalmente, en el sustento, el cuidado y la educación del menor (cosa que ocurre tanto en la *kafāla* como en la adopción tradicional), sino en las consecuencias jurídicas que de ambas se derivan como propia filiación y, por consiguiente, en la herencia.

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: LA ADOPCIÓN EN LA ARABIA PREISLÁMICA

En determinados aspectos de la esfera legal, la llegada del islam produjo ciertos cambios que repercutieron, en gran medida, en la conformación de la nueva sociedad islámica. Si bien es cierto que en algunos asuntos

<sup>6</sup> M. Aziza Pappano, *Muslim Mothering: Global Histories, Theories and Practises*, Bradford, Demeter Press, 2016, p. 380.

<sup>7</sup> Usang Maria Assim y Julia L. Sloth-Nielsen, "Islamic kafalah as an alternative care option for children deprived of a family environment", *African Human Rights Law Journal*, 2014, p. 331.

de índole legal el islam tuvo una naturaleza continuista en relación a anteriores figuras jurídicas, como por ejemplo en el ámbito del comercio<sup>8</sup>, en el campo del derecho civil y de las relaciones interpersonales sí hubo considerables modificaciones. Uno de los grandes cambios que introdujo el islam en el Derecho de familia, afectando no solamente al estatuto personal de los musulmanes, sino también a lo referido a la herencia y el legado, tiene que ver con la dote o *mahr*<sup>9</sup>, que en la Arabia preislámica constituía una cierta forma de pago por el matrimonio<sup>10</sup>.

En este sentido, la esposa era concebida a nivel jurídico como una posesión más del esposo que, incluso, podía ser heredada por los legatarios del cónyuge fallecido (como si de una propiedad más se tratase), a través de la figura del matrimonio por herencia<sup>11</sup>. Esta forma de entender el matrimonio estaba extendida por toda la península Arábiga en la época de la *Yāhiliyya*, como bien se recoge incluso en los registros islámicos a través de los comentarios de al-Ṭabarī, donde especifica que en los tiempos que precedieron a la llegada del islam, la cónyuge de una persona fallecida podía ser heredada por un familiar masculino del fallecido:

In the Jahiliyyah when a man's father or brother or son died and left a widow, the dead man's heir, if he came at once and threw his garment over her, had the right to marry her under the dowry of her deceased husband or to give her in marriage and take her dowry. But if she anticipated him and went off to her own people, then the disposal of her hand belonged to herself<sup>12</sup>.

El islam modificó este aspecto del derecho y vino a establecer que la dote no podía entenderse como un contrato de compra o de pago a cambio del matrimonio. Al contrario, la dote se configura en tiempos islámicos como una contribución a las finanzas de la mujer, que va a con-

---

8 Maulana Muhammad Ali, *The Religion of Islam. A Comprehensive Discussion of the Sources, Principles and Practices of Islam*, Delhi, Motilal Banarsidass Publishers Private Limited, 1994, p. 460.

9 Yossef Rapoport, *Marriage, Money and Divorce in Medieval Islamic Society*, Nueva York, Cambridge University Press, 2005, pp. 18-20.

10 Haider Ala Hamoudi y Mark Cammack, *Islamic Law in Modern Courts*, Nueva York, Wolters Kluwer, 2018, p. 150.

11 Gunawan Adnan, *Women and the Glorious Qur'an: An Analytical Study of Women Related Verses of Sura An-Nisa*, Gotinga, Universitätsdrucke Göttingen, 2004, p. 34.

12 William Robertson Smith, *Kinship and Marriage in Early Arabia*, Nueva York, Cambridge University Press, 2014, pp. 87-88.

traer matrimonio, disponiendo —en términos netamente islámicos— de esta cantidad para su uso y gestión exclusiva, donde el eventual marido no tiene margen de acción ni administración. Además, el islam dispuso, en otro hito en el cambio de regulación hereditaria, que el matrimonio por herencia no era lícito y, por consiguiente, los musulmanes ya no podían contraer matrimonio a través de esta figura jurídica.

Siguiendo esta estela de cambios en el ámbito del Derecho de familia, la llegada del islam produjo otro cambio de calado en relación con la filiación y la herencia de los hijos que eran adoptados. En esencia, como se verá también con más detalle en las líneas siguientes, el islam supuso un cambio de paradigma por cuanto, con la nueva religión, los hijos adoptados ya no se consideraban pertenecientes a la misma línea familiar que los padres adoptantes y, por lo tanto, se daba un nuevo marco jurídico para determinar la herencia y el apellido o patronímico<sup>13</sup>.

Como se ha adelantado, en la Arabia preislámica, la figura de la adopción sí estaba presente en los diferentes estratos de la sociedad y se trataba de una práctica bastante extendida, llegando a producirse la adopción legal de libertos, o antiguos esclavos manumitidos, por parte de quienes fueron un día sus señores<sup>14</sup>. Incluso en estas situaciones, las nuevas filiaciones quedaban anotadas en los árboles genealógicos sin marca o nota marginal que indicase el origen liberto de esos miembros de la familia, que pasaban a gozar de los mismos derechos que los hijos naturales, pues no había diferenciación a nivel legal entre los hijos biológicos y los que eran adoptados<sup>15</sup>. Esto implicaba, necesariamente que, en lo referente a la filiación, y también a la herencia, todos los hijos, independientemente de su origen, se encontraban en igualdad de condiciones.

Por lo que respecta a asuntos de corte onomástico, los hijos adoptados adquirirían el mismo patronímico que tenían los demás hermanos, que indicaba la línea patriarcal a la que quedaba adscrito dentro de una determinada tribu:

---

13 Yusuf Al-Qaradawi, *The Lawful and the Prohibited in Islam (Al-Halal Wal Haram Fil Islam)*, Indiana, American Trust Publications, 1994, p. 224.

14 Jamila Bargach, *Orphans of Islam: Family, Abandonment, and Secret Adoption in Morocco*, Oxford, Rowman & Littlefield Publishers, 2002, p. 47.

15 *Idem*.

The act of adoption entailed bonds very much similar to those of biological descent: lineage, inheritance, payment of ransom, and marriage prohibition applied to adoptees as well as biological sons<sup>16</sup>.

Por supuesto, esta no distinción entre los hijos adoptados y los biológicos trajo consigo una consecuencia accesoria a la mera filiación y la herencia. Desde tiempos antiguos, en la región de la península Arábiga ya se tenía un código moral que prohibía las nupcias entre personas que se hallasen bajo el presupuesto de la consanguinidad; es decir, personas con un grado de parentesco cercano no podían contraer matrimonio<sup>17</sup>. En un sentido jurídico, el hijo adoptado ahora formaba parte de la familia y, consiguientemente, se le aplicaban las normas de consanguinidad, aunque no se pudiera hablar de parentesco biológico<sup>18</sup>. De este modo, el matrimonio de un hijo adoptado con ciertos miembros de la familia adoptiva no se consideraba apropiado y, en caso de producirse, era digno de reproche social y vituperio. Este punto, que no es baladí dentro del estudio de la filiación a través de la adopción en la Arabia preislámica, cobra mayor sentido, si cabe, cuando se pone en perspectiva y se analiza la evolución de esta figura en la tradición islámica con el caso de la adopción de Zayd ibn Hārīṭa por parte de Mahoma, hecho que muchos consideran el motor que movió el cambio de la adopción tradicional y la convirtió en la *kafāla* islámica.

### III. LA ADOPCIÓN EN LAS FUENTES ISLÁMICAS: EL CASO DE ZAYD IBN HĀRĪṬA

De acuerdo con la tradición islámica, la adopción no siempre ha estado rechazada por esta religión: en tiempos tempranos, el islam no se pronunció sobre cuestiones relativas a la adopción, y de esta falta de pronunciamiento se podría seguir que la adopción se trataba, en un primero momento, de una acción permisible, si quiera en un sentido débil<sup>19</sup>. Esta

16 James Faubion, *The Ethics of Kinship: Ethnographic Inquiries*, Nueva York, Rowman & Littlefield Publishers, 2001, p. 78.

17 Nisrine Abiad, *Sharia, Muslim States and International Human Rights Treaty Obligations: A Comparative Study*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2008, p. 9.

18 Robert L. Ballard, Naomi H. Goodno y Robert F. Cochran, *The Intercountry Adoption Debate: Dialogues Across Disciplines*, Londres, Cambridge Scholar Publishing, 2015, p. 415.

19 Federico Arcos Ramírez, *Aproximación a la Teoría del Derecho*, Almería, Edeal, 2020, p. 36.

cuestión no es baladí, pues muchos entienden que el propio Mahoma tuvo un hijo adoptivo: Zayd ibn Hārīṭa, un esclavo árabe que, a la postre, fue manumitido por el Profeta<sup>20</sup> y que, a efectos públicos, era considerado su hijo adoptivo<sup>21</sup>, entrando a formar parte de la familia de Mahoma de una forma similar a lo que solía acontecer en época preislámica con los libertos.

El principal evento que provocó el cambio de la regulación islámica de la adopción para que la *kafala* pasara a ocupar su lugar viene relacionado, precisamente, con Zayd ibn Hārīṭa y su esposa. Mucho se ha escrito sobre el motivo real por el que el hijo adoptivo de Mahoma se acabó divorciando de Zaynab bint Ŷaḥṣ<sup>22</sup>, pero lo cierto es que el Profeta del islam acabó desposando a la que fuera cónyuge de Zayd ibn Hārīṭa. Tras el matrimonio de Mahoma con Zaynab bint Ŷaḥṣ, la gente comenzó a hablar del tema como algo poco ortodoxo para la sociedad de la época<sup>23</sup>.

Es conveniente recordar que, como ya se ha mencionado más arriba, ya en la Arabia preislámica los hijos adoptivos adquirían la filiación del padre y los lazos sanguíneos, también. Por lo tanto, el matrimonio de Mahoma con la exmujer de Zayd ibn Hārīṭa fue algo que, ciertamente, produjo una controversia que quedaría zanjada poco tiempo después de que comenzaran a circular las críticas a este matrimonio, gracias a una nueva revelación coránica que legitimaría este acto<sup>24</sup>, pues Mahoma no sería considerado el verdadero padre de Zayd ibn Hārīṭa. Fue en este contexto donde el, hasta ese momento, considerado por todos como hijo adoptivo de Mahoma, cambió su patronímico y pasó de llamarse Zayd bin Muhammad a llamarse Zayd ibn Hārīṭa<sup>25</sup> por lo dispuesto en el propio Corán<sup>26</sup>. De este modo, al no establecerse relación de filiación entre Zayd

20 Tor Andrae, *Mohammed: The Man and His Faith*, Nueva York, Dover Publications Inc, 2000, p. 152.

21 Saul S. Friedman, *A History of the Middle East*, Londres, McFarland & Company Inc Publishers, 2006, p. 128.

22 Khaled Abou El Fadl, *The Search for Beauty in Islam: A Conference of the Books*, Oxford, Rowan & Littlefield Publishers, 2006, p. 388.

23 Ibn El-Neil, *The Truth About Islam*, Nueva York, Eloquent Books, 2008, p. 47.

24 Robert Maddock, *A Topical Guide to the Koran & Sharia Law: Volume 1*, Nueva York, Xlibris, 2020, p. 175.

25 Howard Shin, *The Dividing Worldviews of Jesus and Muhammad*, Bloomington, WesBow Press, 2015, p. 205.

26 Corán: 33, 5.



y Mahoma, no se consideraba el nuevo matrimonio una trasgresión social.

Finalmente, el matrimonio de Mahoma quedó respaldado por sucesivas revelaciones<sup>27</sup>, y la configuración de la adopción cambió definitivamente para dar paso a la *kafāla* islámica.

#### IV. LA *KAFĀLA* ISLÁMICA EN EL DERECHO POSITIVO ARGELINO

En muchas ocasiones se confunde el derecho puramente islámico, con el derecho clásico nacido siglos antes de la configuración moderna del Estado-nación y que, en muchos casos, no ha experimentado una trasposición directa a los códigos normativos de cada país. Un claro ejemplo es el caso de Marruecos y Argelia, dos países de mayoría musulmana que, sin embargo, presentan diferencias en sus leyes nacionales. Como se ha visto anteriormente, la *kafāla* es una figura reconocida por el islam y las principales escuelas jurídicas clásicas. Aun así, Marruecos no ha contemplado en su Código de Familia dicha figura, que ha quedado totalmente excluida de la legalidad vigente en el país.

Por el contrario, Argelia sí ha incluido la *kafāla* en su articulado del Código de Familia y, por lo tanto, se ha dado de cierta forma una asimilación del Derecho Islámico clásico en la codificación moderna del Derecho positivo argelino<sup>28</sup>. Concretamente, el Código de Familia argelino contiene referencias a la *kafāla* islámica en diferentes puntos del mismo: en el libro I, capítulo V, *De la filiación*, y en el libro II, capítulo VII, *Sobre el acogimiento legal o kafāla*. El entramado normativo del Código de Familia se erige en torno a las disquisiciones de la sociedad musulmana tradicional y, específica, en su artículo número cuarenta y seis, siguiendo los principios del derecho islámico clásico que se ha mencionado más arriba, que la adopción tradicional o *tabanī* queda prohibida tanto por la *šarī'a* como por la ley argelina<sup>29</sup>. En términos similares, el mismo código recoge en su artículo ciento dieciséis que la *kafāla* es una suerte de acogimiento, formalizado mediante disposición legal, en el que se establece una relación

27 Corán: 33, 37.

28 Mounira Charrad, *States and Women's Rights: The Making of Postcolonial Tunisia, Algeria, and Morocco*, Berkeley, University of California Press, 2001, p. 170.

29 Dariusch Atighetchi, *Islamic Bioethics: Problems and Perspectives*, Nueva York, Springer, 2007, p. 139.

con ánimo de perdurabilidad entre las partes intervinientes, de buena fe, en la que se estipula el compromiso de que el *kāfil* o tutor se hará cargo del mantenimiento, educación y protección del *makfūl* o menor acogido en una forma semejante a lo que haría un padre adoptivo con su hijo<sup>30</sup>.

La forma en la que se debe proceder con el otorgamiento de la *kafāla* queda recogido también en el Código de Familia argelino. Así, el artículo ciento diecisiete estipula que el acogimiento o *kafāla* debe acordarse ante un juez o un notario, contando con el consentimiento del menor, siempre que se traten de casos en los que el menor todavía tiene a sus progenitores biológicos, es decir, no media la orfandad del menor<sup>31</sup>. El artículo inmediatamente siguiente, el ciento dieciocho, continúa detallando que la figura de la *kafāla* queda adscrita al acogimiento legal de personas de religión musulmana, en plenas capacidades, y que sea capaz de hacer frente a nivel económico a la manutención del menor<sup>32</sup>.

En cualquier caso, la legislación argelina también contempla que el acogimiento puede darse en menores que tengan una filiación conocida o desconocida, pero con la indicación de que el menor debe conservar su filiación original siempre y cuando esto sea posible. Esta puntualización sigue el tenor general del derecho islámico clásico y, del mismo modo, recoge también que la *kafāla* confiere al menor acogido el derecho a las mismas prestaciones familiares y escolares tienen los hijos legítimos que sí tienen reconocida su filiación<sup>33</sup>. A excepción de la herencia, que el *makfūl* no puede recibirla por falta de lazo de filiación, el menor acogido sí puede disfrutar de ciertos bienes que le sean legados por parte del *kāfil* de su propio patrimonio, siempre que este legado no exceda un tercio del total del patrimonio del *kāfil*. Y en el supuesto de que se exceda este tercio, la donación o legado se considerará nulo y, por tanto, carece de efecto siempre y cuando los herederos legítimos del *kāfil* insten acción

---

30 Nadjma Yassari, Lena-Maria Möller y Marie-Claude Najm, *Filiation and the Protection of Parentless Children: Towards a Social Definition of the Family in Muslim Jurisdictions*, Hamburgo, Springer, 2019, p. 250.

31 Adele Pastena, *Recognition of Kafala in the Italian Law System from a Comparative Perspective*, Londres, Cambridge Scholar Publishing, 2020, p. 36.

32 'Abdullahi A. An-Na'im, *Islamic Family Law in a Changing World: A Global Resource Book*, Londres, Zed Book Ltd., 2002, p. 168.

33 Ton Liefwaard, Jaap E. Doek, *Litigating the Rights of the Child: The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Nueva York, Springer, 2015, p. 169.

judicial en este sentido. En caso de que los herederos acepten el legado que excede del tercio legalmente estipulado, la disposición testamentaria sí será válida, como recoge el artículo ciento veintitrés<sup>34</sup>

## V. LA *KAFALA* EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

La cuestión de la *kafāla*, y los efectos que ésta produce en relación a la filiación del menor acogido, ha trascendido no solo el derecho islámico, sino el propio ordenamiento jurídico de Argelia. Hoy por hoy el acogimiento legal es un tema de crucial importancia en el derecho de familia de los modernos Estados de mayoría musulmana que ha trascendido, incluso, las fronteras magrebíes para presentarse en el seno de las instituciones europeas<sup>35</sup>. En el año 2018, un matrimonio con nacionalidad francesa, que tenía residencia en Reino Unido, hizo una solicitud formal a las autoridades competentes del país de residencia, por la cual pedían a la administración británica que se autorizase la entrada a Reino Unido de una menor con nacionalidad argelina, a la que este matrimonio había acogido, en su momento, en Argelia bajo la institución jurídica de la *ka-fāla*<sup>36</sup>. La pretensión principal del matrimonio que presentó esta cuestión ante los tribunales se basaba en el reconocimiento de la menor acogida bajo la *kafāla* como descendiente directo para que, así, se concediera a la menor el permiso de entrada al país. Ante las negativas de los tribunales británicos de conceder tal reconocimiento —pues como se ha visto a lo largo de este escrito—, la *kafāla* no produce efectos de filiación, el caso llegó a los tribunales más altos de Reino Unido, tras sucesivos recursos y

34 Conclusiones del abogado general M. Campos Sánchez-Bordona presentadas el 26 de febrero de 2019 sobre el Asunto C-129/18: SM contra Entry Clearance Officer, UK Visa Section en una petición de decisión prejudicial planteada por la *Supreme Court of the United Kingdom* (Tribunal Supremo de Reino Unido). Esta cuestión dio paso a un procedimiento prejudicial sobre los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros establecido en la Directiva 2004/38/CE. El asunto principal ha de dilucidar sobre el concepto de descendiente directo de un ciudadano de la Unión, la reagrupación familiar de un menor bajo tutela en virtud del régimen de la *kafāla* argelina en virtud del Derecho a la vida familiar y la protección del interés superior del menor.

35 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por la *Supreme Court of the United Kingdom* — Reino Unido) — SM/Entry Clearance Officer, UK Visa Section (Asunto C-129/18), DO C 134 de 16.4.2018.

36 Nuria Marchal Escalona, “La *kafala*, ciudadanía de la Unión y los derechos fundamentales del menor: de Estrasburgo a Luxemburgo”, *La Ley Unión Europea*, 2019, número 71.

apelaciones. Finalmente, el Tribunal Supremo de Reino Unido decidió presentar una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que se pronunciase sobre las limitaciones de la directiva relativa a la libre circulación, y para dilucidar si el régimen de acogimiento de la *kafāla* podría entenderse que tiene encaje legal bajo los presupuestos de dicha directiva<sup>37</sup>.

El Tribunal Europeo de Justicia, así, tuvo que pronunciarse sobre el reconocimiento de la *kafāla* en el ámbito legal de la Unión Europea. No se trata de una cuestión baladí, pues la relevancia de la población de origen argelino en los Estados miembros de la Unión Europea podría implicar que, en el futuro, se planteasen nuevos casos de similar contenido en los respectivos Estados. En síntesis, el tribunal vino a decir lo siguiente sobre esta cuestión:

Tribunal de Justicia declara con carácter preliminar que la *kafāla* constituye, en virtud del Derecho argelino, el compromiso de un adulto de hacerse cargo del cuidado, la educación y la protección del menor, de igual forma que lo haría el progenitor, y de ejercer la tutela legal sobre dicho menor. A diferencia de la adopción, que está prohibida por el Derecho argelino, el acogimiento en régimen de *kafāla* no confiere al menor la condición de heredero del tutor. Por otra parte, la *kafāla* concluye con la mayoría de edad del menor y puede revocarse a solicitud de los padres biológicos o del tutor<sup>38</sup>.

La argumentación jurídica sobre la que se basó el fallo del tribunal europeo se centró básicamente en las premisas de la *kafāla* argelina, puesto que dicho régimen no crea un vínculo de filiación entre ellos y, por consiguiente, no es posible otorgar al menor la consideración legal de descendiente directo de ciudadano de la Unión, que es lo que solicitaban desde un principio los tutores de la menor argelina. El fallo del tribunal

---

37 Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

38 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Comunicado de Prensa Número 41/19 sobre la sentencia en el asunto C-129/18 SM/Entry Clearance Officer, UK Visa Section, Luxemburgo, 26 de marzo de 2019.

reza de la siguiente manera:

El concepto de «descendiente directo» de ciudadano de la Unión que figura en el artículo 2, punto 2, letra c), de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, debe interpretarse en el sentido de que no incluye a una menor que se halla bajo la tutela legal permanente de un ciudadano de la Unión con arreglo a la institución de la *kafala* argelina, puesto que dicho régimen no crea un vínculo de filiación entre ellos. No obstante, incumbe a las autoridades nacionales competentes facilitar la entrada y residencia de dicha menor como “otro miembro de la familia” de un ciudadano de la Unión, de conformidad con el artículo 3, apartado 2, letra a), de la misma Directiva, interpretando este a la luz de los artículos 7 y 24, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a través de una apreciación equilibrada y razonable del conjunto de circunstancias actuales y pertinentes del presente asunto que tenga en cuenta todos los intereses en juego y en especial el interés superior de la menor afectada. En caso de que, tras dicha apreciación, se demuestre que, en circunstancias normales, la menor y su tutor (que es ciudadano de la Unión) llevarán una vida familiar efectiva y que la menor depende de su tutor, las exigencias vinculadas al derecho fundamental al respeto de la vida familiar, junto con la obligación de tener en cuenta el interés superior de la menor, en principio requerirán que se otorgue a esta el derecho de entrada y residencia al objeto de permitir que viva con su tutor en el Estado miembro de acogida de este<sup>39</sup>.

Queda patente, pues, que un mundo globalizado donde la fácil comunicación internacional entre países de diferente tradición jurídica y la multiculturalidad están haciendo que, más que nunca, los tribunales tengan la misión de ponderar derechos y dictaminar sobre cuestiones que, hace unas décadas atrás, no formaban parte de la normalidad europea.

---

39 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court of the United Kingdom — Reino Unido) — SM/Entry Clearance Officer, UK Visa Section (Asunto C-129/18), DO C 134 de 16.4.2018.

## CONCLUSIÓN

El derecho islámico clásico ha influido de forma clara en la elaboración y compilación de leyes nacionales en los distintos países islámicos. En relación a la *kafāla*, la trasposición de los principios del derecho clásico al ordenamiento jurídico moderno de los Estados-nación se ha producido de forma no homogénea en mundo arabo-islámico: Marruecos no recoge la figura de la *kafāla*, mientras que en Argelia el Código de Familia sí ha recogido esta figura de la tradición islámica, pese a que la *kafāla* hunde raíces en las fuentes más primarias del derecho islámico.

Como consecuencia, en el derecho positivo argelino, al igual que indican las fuentes clásicas, solamente pueden ser *kāfil* o tutor aquella persona de buenos principios islámicos que adquiera un compromiso real con el *makfūl* o menor acogido, para proporcionarle una manutención adecuada y una educación islámica. En relación a la filiación y la herencia, en el caso de la *kafāla*, no hay lazos de filiación ni equivale a una adopción, que queda explícitamente prohibida en el Código de Familia argelino, donde reza que esta prohibición se traslada al derecho positivo nacional en virtud de lo estipulado en la *šari'a*. Por lo tanto, esta falta de filiación provoca que el *makfūl* no tenga derecho a herencia en relación a la familia que lo acoge, si bien queda reconocida la posibilidad de transmitir al *makfūl* hasta un tercio del patrimonio del *kāfil*.

En el marco de la Unión Europea, la cuestión planteada al Tribunal de Justicia la *kafāla* tampoco tiene una equivalencia legal con la adopción, pero los Estados miembros quedan instados a legislar para que el menor acogido bajo la *kafāla* pueda vivir con el tutor o *kāfil* en el Estado miembro de residencia de éste, a través de fórmulas jurídicas distintas a la adopción.