

La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos español y marroquí*

AURORA LÓPEZ AZCONA

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Acreditada como Titular de Universidad
Universidad de Zaragoza

A Ángel Chueca, maestro y amigo

RESUMEN

La protección de los menores en situación de desamparo constituye una preocupación compartida por España y Marruecos, como lo acredita el hecho de que desde hace unas décadas sus respectivos Ordenamientos hayan dotado a este colectivo de menores de un sistema de protección específica, inspirado en el principio del interés superior del menor. De este modo, ambos Ordenamientos han configurado un procedimiento –de índole administrativa el español y de carácter judicial el marroquí– suficientemente garantista, a fin de apreciar la necesaria situación de desasistencia del menor que legitima la declaración de desamparo en España o, su equivalente, la declaración de abandono en Marruecos. Por añadidura, tanto el Derecho español como el Derecho marroquí han articulado una serie de mecanismos dirigidos a procurar la protección de tales menores de modo subsidiario, esto es, ante la falta de asistencia por quienes legalmente deben prestarla. En Derecho español, la tutela administrativa, sin perjuicio de otras medidas alternativas, entre ellas prioritariamente la reintegración familiar del menor; y en Derecho marroquí la wilaya judicial y, ante todo, la kafala.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación A/032841/10 *Creación de un sistema transnacional de protección de menores entre España y Marruecos (en orden a la prevención de la emigración ilegal y la reinserción social de los menores emigrantes)*, financiado por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

PALABRAS CLAVE

Protección de menores. Situación de desamparo (o abandono). Derecho comparado hispano-marroquí. Tutela administrativa. Acogimiento. Wilaya. Kafala.

ABSTRACT

Spain and Morocco share a deep concern for the situation of neglected children. As a result of this, since decades, the legislations of both countries have designed a specific protection system for them, whose cornerstone is the principle of the best interest of the child. Being this so, each legislation contemplates an ad hoc procedure (an administrative one in Spain, a judicial one in Morocco) which safeguards the rights of all the parties concerned before a child is taken into care by way of a special declaration (declaración de desamparo in Spain, declaración de abandono in Morocco) and, as a result, deprived of his or her family environment. Accordingly, both legal systems regulate a set of institutions which ensure alternative care for such a child (tutela administrativa / wilaya, foster placement / kafala), taking into account, if suitable, the return of the child to his or her family.

KEYWORDS

Taking into care of a child. Pupil of the courts. Comparative law: Spain and Morocco. Foster placement. Wilaya. Kafala.

SUMARIO: 1. *Planteamiento.*—2. *El concepto de desamparo en Derecho español.*—3. *La noción de abandono en Derecho marroquí.* 3.1 *Semejanzas y diferencias con la noción española de desamparo.* 3.2 *Situaciones constitutivas de abandono.* A) *El hijo de padres desconocidos.* B) *El hijo de padre desconocido y de madre conocida que renuncia a su filiación.* C) *El menor huérfano.* D) *La falta de asistencia del menor no imputable a los padres.* E) *La falta de asistencia del menor imputable a los padres.*—4. *La declaración administrativa de desamparo en Derecho español.* 4.1 *Trámite de investigación previa.* 4.2 *Incoación del expediente.* 4.3 *Evacuación de informes.* 4.4 *Trámite de audiencia.* 4.5 *La resolución motivada de declaración de desamparo.* 4.6 *Los deberes de comunicación.* 4.7 *Las medidas cautelares.*—5. *La declaración judicial de abandono en Derecho marroquí.* 5.1 *El importante papel del Ministerio Fiscal en la tramitación del procedimiento de declaración de abandono.* 5.2 *La sustanciación del procedimiento de declaración de abandono ante el Tribunal de Primera Instancia.*—6. *Los mecanismos españoles de protección de los menores en situación de desamparo.* 6.1 *La tutela automática de la Administración.* 6.1.1 *Contenido.* 6.1.2 *Modo de ejercicio: El acogimiento.* A) *Concepto.* B) *Modalidades.* a) *El acogimiento familiar.* b) *El acogimiento residencial.* C) *Constitución.* a) *El acogimiento administrativo.* b) *El acogimiento judicial.* D) *Cese.* 6.1.3 *La vigilancia del Ministerio Fiscal.* 6.2 *Medidas de protección alternativas.*—7. *Los instru-*

mentos de protección de los menores declarados en abandono en Derecho marroquí. 7.1 La tutela legal (*wilaya*) del Juez de Tutelas. 7.2 La *kafala*. A) Noción legal. B) Contenido. C) Constitución. D) Requisitos a cumplir por los solicitantes de la *kafala*. a) Requisitos relativos a las personas físicas. b) Requisitos relativos a las personas jurídicas. E) Sujeción a control judicial o, en su caso, de la autoridad consular. F) Extinción.—8. *Reflexión final*.

1. PLANTEAMIENTO

La protección de la infancia desamparada constituye una preocupación compartida por España y Marruecos, como lo acredita el hecho de que desde hace unas décadas sus respectivos Ordenamientos Jurídicos hayan articulado diversos mecanismos dirigidos a la protección específica de este colectivo de menores caracterizado por su especial vulnerabilidad¹. Ciertamente que la respuesta jurídica de ambos países no es plenamente coincidente, habida cuenta de las diferentes circunstancias socioeconómicas y, ante todo, culturales que nos separan. Así, mientras en España desde 1987 se ha desarrollado un sistema público de protección de menores en el que se atribuye la tutela de los menores en desamparo a la entidad pública competente², Marruecos ha evitado implicar a la Administración en la asistencia de este sector de la infancia³, articulando, en su lugar, un sistema privado de protección de meno-

¹ En concreto, en España a partir de la reforma del Cc en materia de adopción en virtud de la Ley de 24 de abril de 1958, sin perjuicio de otros precedentes más remotos (arts. 212 y 303 Cc en su redacción originaria). Y en Marruecos, a partir del Dahir núm. 1-59-047, de 16 de marzo de 1959, relativo a los pupilos de la Nación.

² De la *administrativización* de las técnicas de protección de menores en Derecho español dan cuenta, entre otros, José Manuel RUIZ RICO RUIZ, «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores», AC, 1988-1, p. 77; Bartolomé VARGAS CABRERA, «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/1987», ADC, 1991, pp. 612-614; Francisco Javier ARELLANO GÓMEZ, «Interacción entre el Derecho público y el Derecho privado en las fases previas al expediente judicial de adopción», RCDI, núm. 612, 1992, p. 2091; María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 161; José Luis ESCUDERO LUCAS, «La protección del menor por la entidad pública», RGD, núms. 637-638, 1997, p. 12101; Gabriel GARCÍA CANTERO, «Adoptio semper reformanda est», RCDI, núm. 660, 2000, pp. 2445-2446; Luis MURILLO JASO, «El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas», en *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, p. 271; y Luis Carlos MARTÍN OSANTE, «Menores e incapacitados en situación de desamparo», *Actas de los Decimoséptimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, p. 127.

³ Como ponen de relieve Karima QUALD ALI y Tijaniya SAGHIR, «Acercamiento a la adopción en los países del Magreb», en *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Gloria Esteban de la Rosa (coord.), ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Mayor, 2007, p. 97.

res, cuyo principal instrumento es la *kafala*. No obstante, más allá de las discrepancias existentes, importa observar que el principio inspirador de sus respectivas legislaciones es el mismo, esto es, el principio de supremacía del interés del menor, lo que se refleja tanto en las garantías con las que se ha dotado el procedimiento dirigido a la declaración de desamparo –de abandono, en Derecho marroquí– como en la regulación de las oportunas medidas a adoptar, una vez constatada la correspondiente situación de desasistencia, a fin de proporcionar al menor la debida protección personal y material⁴.

Interesa, por tanto, ofrecer un estudio comparado de los sistemas de protección español y marroquí de los menores abandonados, al objeto de detectar las diferencias y –lo que se revela de mayor interés– las similitudes en el tratamiento jurídico que les dispensan sus respectivas legislaciones. De este modo, el presente trabajo se inicia con un análisis de las situaciones constitutivas de desamparo en el Derecho español y de las circunstancias determinantes del abandono en el Derecho marroquí⁵. En estrecha relación con lo anterior, se examina el procedimiento previsto en ambos Ordenamientos jurídicos para formalizar la declaración de desamparo –de abandono, en el caso marroquí–. Por último, se procede a un estudio de los específicos instrumentos de protección previstos en las legislaciones española y marroquí para estos menores: en Derecho español la tutela automática de la Administración, sin perjuicio de otras medidas alternativas, entre ellas prioritariamente la reintegración familiar del menor; y en Derecho marroquí la *wilaya* judicial y, ante todo, la *kafala*.

2. EL CONCEPTO DE DESAMPARO EN DERECHO ESPAÑOL

La noción legal de desamparo se formula en el artículo 172.1.2 Cc, precepto según el cual la situación de desamparo «se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por

⁴ Coincide en esta apreciación por lo que se refiere al Derecho marroquí Rajae EL MRAHI, *Les droits de l'enfant en Maroc*, p. 5 (consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://www.ahjucaf.org/les-droits-de-l-enfant-au-maroc.html>).

⁵ Recuérdese que la noción de abandono también estuvo presente en Derecho español desde la reforma del Cc por la Ley de 25 de abril de 1958 hasta su ulterior modificación en virtud de la Ley de 11 de noviembre de 1987, que la sustituyó por el concepto actual de desamparo, a la par que modificó su contenido. Sobre los antecedentes de la noción de desamparo puede consultarse Julio Ignacio IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencia, tutela ex lege y acogimiento de menores*, ed. Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 151-167.

las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

De esta definición legal se deriva, por consiguiente, que la situación de desamparo es una situación fáctica que exige la concurrencia de dos requisitos unidos por una relación de causa-efecto como son la falta de asistencia moral o material; y que dicha falta de asistencia se haya producido a causa de la falta de ejercicio o ejercicio inadecuado, ya sea voluntario o involuntario, de los deberes de protección correspondientes a los padres, tutores o guardadores.

Esta noción, que adolece de cierta indeterminación no exenta de riesgos⁶, se complementa, sin embargo, con lo dispuesto en la legislación autonómica de protección de menores que ofrece una lista de posibles supuestos constitutivos de desamparo, a saber:

- a) El abandono –en principio, voluntario– del menor⁷.
- b) Los malos tratos físicos o psíquicos o abusos sexuales del menor por familiares o terceros, producidos bien en su ámbito familiar, bien con el consentimiento de la familia⁸.
- c) La inducción a la mendicidad, delincuencia, prostitución, trabajo infantil o cualquier otra forma de explotación del menor⁹.

⁶ Advierten de los riesgos de este concepto jurídico indeterminado, entre otros, Ignacio SERRANO GARCÍA, «Comentario al artículo 172 Cc», en VV.AA., *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, t. I, p. 578; y G. GARCÍA CANTERO, «El desamparo y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas», *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, cit., pp. 247-248.

⁷ Aquí cabría interpretar que el abandono exige una conducta voluntaria de los responsables del menor en tal sentido. De hecho, se refieren expresamente al abandono voluntario la Ley 1/1998 de los Derechos y la Atención del Menor de Andalucía en su artículo 23.1.a; la Ley 1/1995 de Protección del Menor del Principado de Asturias en su artículo 31.2.a; la Ley 14/2002 de Promoción, Atención y Protección a la Infancia de Castilla y León en su artículo 56.d; la Ley 3/1999 de Protección del Menor de Castilla-La Mancha en su artículo 36.a; la Ley 8/2010 de Garantía de Derechos y Atención a la Infancia y Adolescencia de Cantabria en su artículo 61.2.c; la Ley 4/1994 de Protección y Atención a Menores de Extremadura en su artículo 6.a; y la Ley Foral 15/2005 de Promoción, Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia en Navarra en su artículo 50.b.

Otras normas autonómicas, en cambio, aluden al abandono como causa de desamparo sin más calificativos. Puede mencionarse en tal sentido el artículo 59.b Ley 12/2001 de la Infancia y Adolescencia en Aragón; el artículo 52.a Ley 3/2011 de Apoyo a la Familia y la Convivencia de Galicia; el artículo 49.2.a Ley 1/2006 de Protección de Menores de La Rioja; y el artículo 105.2.a Ley 14/2010 de Protección de Menores de Cataluña.

⁸ Supuesto que establece la Ley andaluza 1/1998 en su artículo 23.1.c; la Ley aragonesa 12/2001 en su artículo 59, letra c); la Ley asturiana 1/1995 en su artículo 31.2.c y f); la Ley 17/2006 Integral de la Atención y de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de las Illes Balears en su artículo 63.2.a; la Ley 1/1997 de Atención Integral a los Menores de la C.A. de Canarias en su artículo 46.2.a; la Ley cántabra 7/1999 en su artículo 61.2.j; la Ley castellano-leonesa 14/2002, en su artículo 56.e y j; la Ley castellano-manchega 3/1999 en su artículo 36.b; la Ley catalana 14/2010 en su artículo 105.2.b; la Ley extremeña 4/1994, en su artículo 6.b y e; la Ley gallega 3/2011 en su artículo 52.b; la Ley 3/1995 de la Infancia de la Región de Murcia en su artículo 22.1.c; la Ley navarra 15/2005 en su artículo 50.b; y la Ley 1/2006 de la Rioja en su artículo 49.2.b y e.

⁹ Supuesto recogido en el artículo 23.1.d Ley andaluza 1/1998, artículo 59.d Ley aragonesa 12/2001, artículo 31.2.g Ley asturiana 1/1995, artículo 63.2.g Ley balear 17/2006, artículo 46.2.c Ley canaria 1/1997, artículo 61.2.k Ley cántabra 8/2010, artícu-

d) El trastorno mental grave de los padres, tutores o guardadores que impida el cumplimiento de los deberes que les incumben en relación al menor¹⁰.

e) La drogadicción o alcoholismo habitual de las personas que integran la unidad familiar y, en particular, de los padres, tutores y guardadores, que perjudique el desarrollo del menor¹¹.

Junto a estos supuestos deben mencionarse otros contemplados singularmente en algunas leyes:

a) La falta de determinación de las filiaciones materna y paterna¹².

b) La ausencia de personas a las que corresponda ejercer las funciones de guarda o cuando las mismas se encuentren imposibilitadas para su ejercicio o en situación de ejercitarlas con grave peligro para el menor¹³.

c) La inducción, consentimiento o tolerancia a la drogadicción o alcoholismo del menor¹⁴.

d) La ausencia de escolarización habitual¹⁵.

e) La desatención física o psíquica grave o crónica¹⁶.

lo 56.f Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 36.c y d Ley castellano-manchega 3/1999, artículo 105.2.g Ley 14/2010 catalana, artículo 6.f Ley extremeña 4/1994, artículo 52.d Ley gallega 3/2011, artículo 22.1.c Ley murciana 3/1995, artículo 50.c Ley navarra 15/2005 y artículo 49.2.f Ley riojana 1/2006.

¹⁰ Supuesto regulado en el artículo 23.1.f Ley andaluza 1/1998, artículo 31.2, letra d, Ley asturiana 1/1995, artículo 46.2.e Ley canaria 1/1997, artículo 105.2.e Ley catalana 14/2010, artículo 6.c Ley extremeña 4/1994, artículo 52.f Ley gallega 3/2011, artículo 50.k Ley navarra 15/2005 y artículo 49.2.c Ley riojana 1/2006. Mención aparte merece la Ley aragonesa 12/2001 que, en su artículo 59.e, ha optado por una expresión más amplia, a saber: «cualquier otro problema psíquico, físico o social» que impida la adecuada atención del menor.

¹¹ Supuesto formulado en el artículo 23.1.g Ley andaluza 1/1998, artículo 59.e Ley aragonesa 12/2001, artículo 31.2.e Ley asturiana 1/1995, artículo 46.2.d Ley canaria 1/1997, artículo 105.2.e Ley catalana 14/2010, artículo 6.d Ley extremeña 4/1994, artículo 50.j Ley navarra 15/2005 y artículo 49.2.d Ley riojana 1/2006.

¹² Supuesto contemplado en el artículo 63.2.c Ley balear 17/2006, artículo 61.2.a Ley cántabra 8/2010 y artículo 56.b Ley 14/2002 de Castilla y León.

¹³ Supuesto que establece el artículo 23.1.i Ley andaluza 1/1998, artículo 59.b Ley aragonesa 12/2001, artículo 63.2.b Ley balear 17/2006, artículo 46.2.e Ley canaria 1/1997, artículo 56.a, c y g Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 52.i Ley gallega 3/2011, artículo 22.a Ley murciana 3/1995 y artículo 50.l Ley navarra 15/2005.

¹⁴ Supuesto que contempla el artículo 23.1.e Ley andaluza 1/1998, artículo 63.2.f Ley balear 17/2006, artículo 61.2.l Ley cántabra 8/2010, artículo 56.h Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 36.f Ley castellano-manchega 3/1999, artículo 105.2.f Ley catalana 14/2010, artículo 6.d Ley extremeña 4/1994, artículo 50.f Ley navarra 15/2005. De modo más amplio, el artículo 52.g Ley gallega 3/2011 se refiere a las conductas adictivas del menor con el consentimiento o tolerancia de sus guardadores.

¹⁵ Supuesto previsto en el artículo 23.1.b Ley andaluza 1/1998, artículo 31.2.b Ley asturiana 1/1995, artículo 46.2.b Ley canaria 1/1997 y artículo 50.h Ley navarra 15/2005.

¹⁶ Supuesto contemplado en el artículo 63.2.d Ley balear 17/2006, artículo 56.l Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 61.2.f Ley cántabra 8/2010, artículo 105.2.h Ley catalana 14/2010, artículo 52.c Ley gallega 3/2011 y artículo 50.e Ley navarra 15/2005. Se refieren únicamente a la desatención física el artículo 59.a Ley aragonesa 12/2001 y el artículo 36.e Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha.

g) El ejercicio imposible o inadecuado de los deberes de protección con peligro para el menor¹⁷.

h) La existencia de un entorno socio-familiar que deteriore o perjudique el desarrollo del menor¹⁸.

i) El no solicitar la recuperación la guarda una vez desaparecidas las circunstancias justificativas de la asunción de esta por la Administración¹⁹.

j) La obstaculización o la falta de colaboración de los responsables del menor en las actuaciones acordadas para la verificación de las situaciones de desprotección o en la ejecución de las medidas acordadas en situaciones de riesgo²⁰.

k) La persistencia o agravamiento de las situaciones de riesgo, que determine la privación al menor de la necesaria asistencia moral o material²¹.

l) Los perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal, entendiéndose por tal la falta de cuidado del cuerpo o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la mujer durante el embarazo, así como el producido indirectamente por quien maltrata a la mujer en proceso de gestación²².

En cualquier caso, tal lista de posibles situaciones constitutivas de desamparo es meramente *ejemplificativa*, toda vez que en Derecho español, a diferencia de lo que sucede con la noción marroquí de abandono, el desamparo se configura como un concepto abierto en el que tienen cabida todas aquellas situaciones de desprotección que conlleven una privación de la necesaria asistencia moral y/o material del menor y que tengan su origen en el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda. De hecho, así resul-

¹⁷ Supuesto que adolece de una cierta imprecisión –y que, por lo demás no añade nada nuevo a la previsión del artículo 172.1.2 Cc–, contemplado en el artículo 59.a Ley aragonesa 12/2001, artículo 61.2.d y e Ley cántabra 8/2010, artículo 105.2.d Ley catalana 14/2010 y artículo 22.b Ley murciana 3/1995.

¹⁸ Supuesto también muy impreciso recogido en el artículo 23.1.h Ley andaluza 1/1998, artículo 61.2.g Ley cántabra 8/2010, artículo 56.m Ley 14/2002 castellano-leonesa y el artículo 36.e Ley 3/1999 castellano-manchega, artículo 52.h Ley gallega 3/2011, artículo 50.i Ley navarra 15/2005 y artículo 105.2.i Ley catalana 14/2010, la cual añade una referencia explícita a la «violencia machista» como supuesto de desamparo.

¹⁹ Supuesto establecido en el artículo 59.f Ley aragonesa 12/2001, artículo 46.2.f Ley canaria 1/1997, artículo 61.2.n Ley cántabra 8/2010, artículo 56.k Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 36.g Ley castellano-manchega 3/1999 y artículo 50.g Ley navarra 15/2005.

²⁰ Supuesto contemplado en el artículo 61.2.h e i Ley cántabra 8/2010, artículo 56.i Ley 14/2002 de Castilla y León y artículo 105.2.j Ley catalana 14/2010.

²¹ Supuesto contemplado en el artículo 61.2.ñ Ley cántabra 8/2010, artículo 56.n Ley 14/2002 de Castilla y León y artículo 105.2.k Ley catalana 14/2010.

²² Supuesto introducido por la Ley catalana 14/2010, artículo 105.2.c, que, sin duda, merece una valoración positiva, en cuanto constituye una novedosa manifestación de la protección que dispensa nuestro Ordenamiento Jurídico al concebido no nacido.

ta de la lectura de las diferentes leyes autonómicas de protección de menores, en cuanto que buena parte de ellas cierran el precepto dedicado a la noción de desamparo con una fórmula abierta que viene a reproducir el 172.1.2 Cc²³.

Con todo, el concepto de desamparo exige una interpretación restrictiva, dada la importancia de los intereses en juego, esto es, el interés del menor –en todo caso, de carácter preferente– y el de su familia, de tal manera que solo puede apreciarse su existencia, de acuerdo con la jurisprudencia, cuando «se acredite efectivamente el incumplimiento de unos mínimos de atención exigidos por la conciencia social más común» (SAP de Asturias de 26 septiembre 2002)²⁴. Por ello, la apreciación de la misma debe efectuarse en cada caso en atención a las circunstancias de índole social, familiar, educativa, psicológica, económica, etc, concurrentes en relación con el concreto menor²⁵.

Diferente del desamparo es la falta de asistencia que conlleva la asunción de la guarda administrativa. A esta situación se refiere el artículo 172.2.1 Cc que faculta a los padres o, en su caso, al tutor a que soliciten a la Administración la asunción temporal de la guarda cuando «por circunstancias graves no puedan cuidar al menor». En este caso nos encontramos, por tanto, ante una situación de desasistencia del menor que conlleva la acción protectora de la Administración, presupuesto que resulta coincidente con el desamparo que origina la tutela administrativa. Ahora bien, importantes diferencias separan ambos supuestos, como podrá constatare a continuación.

En primer lugar, importa destacar la falta de coincidencia de las causas determinantes de la desasistencia del menor en uno y otro supuesto. Así, el defecto de protección que da lugar a la tutela automática puede obedecer a una falta de ejercicio o ejercicio inadecuado, voluntario o involuntario, de los deberes de protección; en cambio, de la expresión «no poder atenderlo» que emplea el Código civil para justificar la asunción temporal de la guarda por la

²³ Vid. p.e. artículo 63.2.e Ley balear 17/2006, artículo 61.2.o Ley cántabra 8/2010, artículo 105.2.l Ley catalana 14/2010, artículo 52.k Ley gallega 3/2011, artículo 50.m Ley navarra 15/2005 y artículo 49.2.g Ley 1/2006 de La Rioja.

²⁴ Tal criterio interpretativo, formulado por la jurisprudencia desde hace unas décadas, ha sido acogido en fechas recientes por el artículo 118.2 Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011 del Gobierno de Aragón, lo que resulta plausible. En la jurisprudencia pueden citarse, entre otras, la SAP de Madrid de 21 enero 1992, la SAP de Sevilla de 11 enero 1994, la SAP de Sevilla de 31 marzo 1999, la SAP de Toledo de 9 febrero 2000, la SAP de Cantabria de 5 diciembre 2002, la SAP de Valencia de 7 junio 2004, la SAP de Almería de 11 junio 2008 y la SAP de Cantabria de 11 mayo 2009.

²⁵ Como pone de relieve L. C. MARTÍN OSANTE, «Menores e incapacitados en situación de desamparo», cit., p. 114.

Administración se deriva que la falta de asistencia generadora de la misma ha de ser inimputable en todo caso²⁶.

Asimismo, interesa notar que la declaración de desamparo se emite por la Administración sin que exista una intervención previa de los padres o tutores del menor, mientras que la guarda administrativa requiere una solicitud por parte de aquellos dirigida a la entidad pública competente²⁷.

Finalmente, en los términos en que se expresa la normativa autonómica de protección de menores, la asunción de la tutela automática parece exigir la presencia de una situación de falta de asistencia que se percibe como persistente. Por el contrario, la guarda administrativa debe proyectarse sobre situaciones de falta de asistencia actuales pero provisionales²⁸ o, incluso, meramente potenciales²⁹.

Tampoco puede confundirse la situación de desamparo con la situación de riesgo, en cuanto que esta se caracteriza por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar³⁰. En este

²⁶ Expresión que, por lo demás, reproduce la legislación autonómica de protección de menores, si bien habitualmente con la precisión relativa a que la imposibilidad de asistencia debe obedecer a «circunstancias ajenas a su voluntad», sin duda, para evitar el uso abusivo de este instrumento de protección por parte de los progenitores o tutores. Sirva de ejemplo el artículo 119.1 Ley catalana 14/2010, cuyo tenor es el siguiente: «Los progenitores o las personas titulares de la tutela, si concurren *circunstancias graves y ajenas a su voluntad que les impiden cumplir las funciones de guarda*, pueden solicitar al departamento competente en materia de protección de los niños y los adolescentes que asuman la guarda del niño o adolescente mientras se mantenga aquella situación» (la cursiva es nuestra). En términos similares se expresan, entre otros, el artículo 24 Ley andaluza 1/1998, el artículo 160.2.a Código del Derecho Foral de Aragón, el artículo 74.1 Ley balear 17/2006, el artículo 69.b Ley cántabra 8/2010, el artículo 12 Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia al que se remite el artículo 66 Ley gallega 3/2011, el artículo 59.b Ley navarra 15/2005, el artículo 70.1 Ley 1/2006 de La Rioja y el artículo 106.1 Ley 12/2008 de Protección Integral de la Infancia y Adolescencia de la Comunidad Valenciana.

²⁷ No obstante, excepcionalmente la Ley balear 17/2006 en su artículo 65.1 legitima a los padres o tutores para solicitar la incoación del procedimiento de declaración de desamparo.

²⁸ Así resulta de la expresión «durante el tiempo necesario» empleada por el artículo 172.2.1 Cc y que la legislación autonómica de protección de menores reproduce en términos idénticos (p.e. art. 70.1 Ley 1/2006 de La Rioja) o similares (p.e. art. 119 Ley catalana 14/2010: «mientras se mantenga aquella situación»).

²⁹ Según parece deducirse del artículo 74.1 Ley balear 17/2006: «... cuando quienes ejercen la patria potestad o la tutela prevean el futuro desamparo de una persona menor de edad, por no poder atenderlo temporalmente por causas involuntarias o de fuerza mayor...»

³⁰ En concreto, de acuerdo con el artículo 102.2 Ley catalana 14/2010 son situaciones de riesgo: «a) la falta de atención física o psíquica del menor por parte de sus guardadores que comporte un perjuicio leve para la salud física o emocional de aquél. b) la dificultad grave para dispensar la atención física y psíquica adecuada al menor por parte de los guardadores; c) la utilización por parte de los guardadores del castigo físico o emocional sobre el menor que, sin constituir un episodio grave o un patrón crónico de violencia, perjudique su desarrollo; d) las carencias que, por no poder ser adecuadamente compensadas en el ámbito familiar, ni impulsadas desde este mismo ámbito para su tratamiento mediante los servicios y recursos normalizados, puedan producir la marginación, la inadaptación o el desamparo del menor; e) la falta de escolarización en edad obligatoria, el absentismo

caso, la actuación de la Administración se limita, en principio, a intentar eliminar dentro del grupo familiar los factores de riesgo, a través de un plan de apoyo personalizado que podrá incluir medidas de índole técnica y/o económica³¹. Las medidas técnicas se traducen en intervenciones de orden material, formativo, psicosocial y socioeducativo a favor del menor y su familia tendentes a la modificación de las causas que provocaron el riesgo. Procede la adopción de medidas de carácter económico cuando la situación determinante del riesgo provenga de la carencia o insuficiencia de recursos económicos. En todo caso, la ejecución de tales medidas exige la necesaria colaboración de los padres, tutor o guardador del menor, de tal modo que de negarse a prestarla, aquél podrá ser declarado en desamparo si así lo requiere la evolución de la situación de riesgo³².

3. LA NOCIÓN DE ABANDONO EN DERECHO MARROQUÍ

3.1 Semejanzas y diferencias con la noción española de desamparo

En Derecho marroquí la situación jurídica equiparable al desamparo es el denominado «abandono». En ambas situaciones existe un presupuesto común consistente en la falta de asistencia del menor que determina la intervención de los poderes públicos, pero

y el abandono escolar; *f*) el conflicto abierto y crónico entre los progenitores, separados o no, cuando anteponen sus necesidades a las del menor; *g*) la incapacidad o la imposibilidad de los guardadores de controlar la conducta del menor que provoque un peligro evidente de hacerse daño o de perjudicar a terceras personas; *h*) las prácticas discriminatorias, por parte los guardadores a las menores, que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, incluyendo el riesgo de sufrir la ablación o la mutilación genital femenina y la violencia ejercida contra ella; *i*) cualquier otra circunstancia que, en caso de persistir, pueda evolucionar y derivar en el desamparo del niño o el adolescente».

Otras leyes autonómicas, optan, sin embargo, por definir la situación de riesgo en términos de gran amplitud. Tal es el caso de la Ley aragonesa 12/2001, cuyo artículo 56 dice así: «Se consideran situaciones de riesgo aquellas en las que, por circunstancias personales o socio-familiares, se ven obstaculizados el desarrollo integral del niño o adolescente y el ejercicio de sus derechos y que no requieren su separación del medio familiar».

³¹ *Vid.* artículo 20 Ley andaluza 1/1998, artículo 57 Ley aragonesa 12/2001, artículos 16.2, 42 y 43 Ley canaria 1/1997, artículo 104 catalana Ley 14/2010, artículo 51 Ley cántabra 8/2010, artículo 29 Ley castellano-manchega 3/1999, artículo 49 Ley castellano-leonesa 14/2002, artículos 50 y 51 Ley gallega 3/2011, artículo 46 Ley navarra 15/2005, artículo 53 Ley 3/2005 de Atención a la Infancia y Adolescencia del País Vasco, artículo 42.1 y 2 Ley 1/2006 de La Rioja y artículos 94 y 95 Ley valenciana 12/2008.

³² Artículo 58 Ley aragonesa 12/2001, artículos 16.2, 42 y 43 Ley canaria 1/1997, artículo 103.6 Ley catalana 14/2010, artículo 62.1.i Ley cántabra 8/2010, artículo 31 Ley castellano-manchega 3/1999, artículo 56.i Ley castellano leonesa 14/2002, artículo 57 Ley gallega 3/2011, artículo 46.a Ley navarra 15/2005, artículo 42.4 Ley 1/2006 de La Rioja y artículo 97 Ley valenciana 12/2008.

también importantes diferencias que se proyectan sobre la naturaleza de aquella. De estas discrepancias conviene dar cuenta a continuación, ya que es posible apreciar elementos distintivos desde diversas perspectivas.

Dentro de un primer conjunto de consideraciones, conviene advertir que, frente al criterio del legislador español favorable a definir genéricamente y en términos de gran amplitud la situación de desamparo, el Derecho marroquí no ofrece una noción de abandono, sino que, en su lugar, contempla una lista cerrada de supuestos en que un menor puede considerarse abandonado, sin admitir ampliación alguna³³.

Una segunda discrepancia importante con la legislación española radica en que el Derecho marroquí circunscribe la noción de abandono a los menores –calificando de tales a los sujetos que no hayan alcanzado los dieciocho años, en concordancia con el artículo 209 *Mudawana* o Código de la familia–³⁴, sin hacerla extensiva a los incapacitados³⁵. Estos, por consiguiente, a diferencia de lo que sucede en Derecho español, no están dotados de una protección específica cuando se encuentren en situación de abandono, por lo que solo son beneficiarios de los instrumentos genéricos de protección que contempla el artículo 211 *Mudawana* para los incapacitados, que no son otros que la tutela legal (*wilaya*), la tutela testamentaria (*wisaya*) y la tutela dativa (*taqdim*)³⁶.

³³ Tal y como se pone de relieve por Houda ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», en A. Quiñones Escámez, A. Rodríguez Benot, H. Zekri y H. Ouhida, *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, ed. Proyecto ADL de fortalecimiento y modernización de la Administración de Justicia en Marruecos 2005-2009, Madrid, 2009, p. 20.

³⁴ El Código de familia marroquí o *Mudawana* puede consultarse en http://www.justice.gov.ma/index_fr.aspx.

³⁵ Recuérdese a este respecto la tendencia del Derecho español a asimilar el tratamiento jurídico de los menores y los incapacitados en situación de desamparo, que inició el legislador estatal en 2003 –en concreto, en virtud de la reforma del artículo 239 Cc por la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Cc, de la LEC y de la normativa tributaria con esta finalidad– y de la que posteriormente se han hecho eco buena parte de las Comunidades Autónomas en sus respectivas normativas.

³⁶ El Derecho marroquí contempla tres modalidades de tutela (legal, testamentaria y dativa) en función del modo de delación y establece una relación de subsidiariedad entre ambas, de tal modo que la tutela legal tiene preferencia sobre la tutela testamentaria y ésta sobre la tutela dativa (art. 230 Código de la familia). La tutela legal o *wilaya* es la que se atribuye *ex lege* al padre, a la madre –solo en defecto de aquél– y al Juez –exclusivamente en el supuesto de los menores abandonados– (art. 230.1 y 238.1 Código de la familia). En la tutela testamentaria o *wisaya* la delación tiene carácter voluntario, en cuanto es efectuada por el padre o la madre en virtud de testamento (arts. 237 y 238.2 y 3 Código de la familia). No se admite, sin embargo, la autotutela. La principal singularidad de la tutela testamentaria radica en que el padre puede servirse de ella para excluir a la madre de la tutela legal o limitarla en su contenido (arts. 237 y 238 Código de la Familia). Finalmente, en defecto de tutor legal y testamentario, entra en juego la tutela dativa o *taqdim*, que se caracteriza en que su designación corresponde al Tribunal de Primera Instancia (art. 244 Código de la familia y art. 18 Código de Procedimiento Civil).

El Código de Procedimiento Civil puede consultarse en http://lexinter.net/LOT-WVers4/code_de_procedure_civile_maroc.htm.

Por último, interesa advertir que la legislación marroquí solo contempla a los progenitores como únicos sujetos causantes de la situación de abandono, omitiendo aquellos supuestos en que el incumplimiento de los deberes de asistencia provenga de un guardador distinto a los padres, como puede ser la abuela materna o un pariente próximo del menor. En principio, esta situación se encuentra solventada por el artículo 173.2 *Mudawana* atribuyendo la *hadana* o guarda al siguiente llamado en el orden de preferencia³⁷, pero no cabe descartar que el menor carezca de parientes que quieran asumir la *hadana* o estén capacitados para ello, planteándose en este caso el problema de determinar la concreta medida de protección que procede aplicarle, habida cuenta del vacío legal existente al respecto³⁸.

Ahora bien, cualquiera que sea la modalidad de tutela constituida a favor del incapacitado, el Código de la familia, artículo 233, condiciona el contenido de la misma a su grado de discernimiento. Así, si el incapacitado carece de toda capacidad de obrar, por encontrarse privado de razón, las funciones representativas inherentes a la tutela alcanzarán tanto a su persona como a sus bienes. En cambio, si el incapacitado tiene un mínimo de capacidad —es «débil de espíritu», de acuerdo con la terminología empleada por el legislador marroquí—, el contenido de la tutela queda restringido al ámbito patrimonial, de tal modo que el tutor solo ostentará la representación legal respecto de los bienes del pupilo, no así respecto a su persona.

En cualquier caso, interesa advertir que, pese al importante avance que ha supuesto la *Mudawana* en orden a la equiparación entre sexos, el tratamiento de la mujer en materia de tutela bien puede calificarse de discriminatorio. Ello se explica, según puede leerse en su propio Preámbulo, por el propio carácter de la *Mudawana* como un texto de consenso entre dos tendencias contrapuestas: una conservadora que rechazaba cualquier reforma del Derecho de familia y que postulaba la preservación de la interpretación dada por la escuela malikí; y otra progresista que proponía la modificación del Derecho de familia en aras de la consagración de los principios de justicia e igualdad entre el hombre y la mujer.

³⁷ Dicho precepto debe ponerse en relación con los artículos 164 y 165 y 171 *Mudawana*, que fijan un orden de preferencia en la atribución de la *hadana*. En concreto, los artículos 164 y 165 determinan los titulares de la *hadana* durante la vigencia del matrimonio de los progenitores, y el artículo 171, una vez roto el vínculo conyugal. El tenor de estos preceptos se reproduce a continuación (la traducción es nuestra).

Artículo 164 *Mudawana*: «La *hadana* del hijo incumbe al padre y a la madre siempre que subsistan los vínculos conyugales».

Artículo 165 *Mudawana*: «Si ninguno de los posibles asignatarios de la *hadana* acepta hacerse cargo de la misma, o bien, aunque acepten, no cumplen las condiciones requeridas, los interesados o el Ministerio Público solicitarán al tribunal que designe el más apto entre los parientes cercanos del menor o entre otras personas. En su defecto, el tribunal optará por una de las instituciones habilitadas a tal efecto».

Artículo 171 *Mudawana*: «La *hadana* se confiará en primer lugar a la madre, después al padre y, por último, a la abuela materna del menor. En su defecto, con el fin de proteger al menor, el tribunal decidirá, en función de las presunciones de que disponga, atribuir la *hadana* al pariente próximo más apto para asumirla, siempre que garantice una vivienda apropiada al menor en *hadana*, al igual que la obligación de pensión alimenticia».

³⁸ Ciertamente, el artículo 165 *Mudawana* prevé que en tal caso la autoridad judicial podrá confiar el menor a una institución habilitada al efecto, pero no concreta la específica medida de protección a adoptar, sin que tampoco puedan aplicarse las contempladas en la Ley núm. 15-01 relativa a la *Kafala* de los menores abandonados al no poder ser calificado como menor abandonado a los efectos de dicha norma.

Es, en concreto, la Ley núm. 15-01 relativa a la *kafala* de los menores abandonados³⁹ (art. 1) la que atribuye la condición de «menor abandonado» a «todo niño de uno u otro sexo que no haya alcanzado los dieciocho años gregorianos cuando se encuentre en una de las siguientes situaciones:

- haber nacido de padres desconocidos o de padre desconocido y madre conocida que le hubiera abandonado voluntariamente;
- ser huérfano o tener padres incapaces de atender a sus necesidades o que no dispongan de los medios legales de subsistencia;
- ser hijo de padres de mala conducta y que no asuman su responsabilidad de protección y orientación con el fin de conducirlos por el buen camino, como aquellos privados de la tutela legal o cuando uno de los dos, tras el fallecimiento o incapacitación del otro, se muestre descarriado y no cumpla el deber mencionado respecto del menor».

De la lectura del precepto transcrito resulta, pues, que el legislador marroquí, en un planteamiento que difiere del Derecho español, no extiende la noción de abandono a toda situación de falta de asistencia, sino que la circunscribe a situaciones muy concretas, fuera de las cuales un menor no es susceptible de ser declarado en situación legal de abandono ni, por tanto, puede ser protegido a través de las concretas instituciones que contempla la Ley núm. 15-01, entre las que se encuentra la *kafala*.

3.2 Situaciones constitutivas de abandono

A) *El hijo de padres desconocidos*

De acuerdo con el artículo 1.1 Ley núm. 15-01, la primera situación constitutiva de abandono es el del hijo de padres desconocidos, esto es, de aquel cuya filiación no se encuentre determinada respecto de ninguno de los dos progenitores por alguno de los mecanismos previstos en el Código de la familia, diferentes según la filiación sea materna o paterna.

Así, en Derecho marroquí son tres los modos de determinación de la filiación materna, ya sea legítima o ilegítima⁴⁰, a saber: la

³⁹ Ley promulgada por el *Dahir* núm. 1-02-172 de 13 de junio de 2002. Puede consultarse en *Bulletin Officiel du Maroc* núm. 5036 (13 de junio de 2002). La traducción del artículo 1 es nuestra.

⁴⁰ En Derecho marroquí la filiación materna es legítima siempre que tenga su origen en el matrimonio, en una relación por error (relación ilegítima que mantiene una mujer con un hombre con la creencia errónea de que es legítima) o en una violación (art. 147.2 Código de la Familia). En cualquier caso, ya sea legítima o ilegítima, la filiación materna dispo-

constatación del parto⁴¹, el reconocimiento de la filiación por la madre⁴² y la sentencia que establezca la filiación respecto de la madre⁴³ (art. 147 Código de la Familia).

Por su parte, la filiación paterna —exclusivamente la legítima—⁴⁴ puede establecerse por dos vías⁴⁵: por un lado, la presunción de paternidad que rige para los hijos nacidos de relaciones conyugales —*al firach*— (arts. 153 y 154 Código de la familia)⁴⁶, pero también, según parece resultar de la lectura del artículo 155 Código de la familia, para los nacidos de relaciones sexuales por error o *chubha*⁴⁷; y por otro, el reconocimiento del padre o *igrar* (art. 160

ne de idénticos modos de determinación y produce los mismo efectos una vez determinada (arts. 146 y 147.1 Código de la familia).

⁴¹ Acerca de este modo de determinación de la filiación materna interesa advertir que desde fines de los años setenta del pasado siglo existen varias circulares de la Secretaría General del Gobierno marroquí dirigidas a los establecimientos sanitarios y a los servicios de asistencia social y estado civil, ordenando la identificación de toda parturienta antes de su admisión en el centro hospitalario, a fin de evitar el anonimato en el parto y el subsiguiente abandono del menor. Datos proporcionados por Émilie BARRAUD, «La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb», *Droit et cultures*, núm. 59, 2010, pp. 13-14 (consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://droitcultures.revues.org/2118>).

⁴² Según clarifica la *Guide pratique du Code de la Famille*, publicada por el Ministerio de Justicia marroquí (consultada el 25 de marzo de 2013. URL: <http://www.justice.gov.ma/fr/documentation/documentation.aspx?ty=2>), el artículo 160.2 Código de la Familia asimila al reconocimiento materno la designación de la madre por el padre en el momento en que este reconoce a su hijo, siempre que aquella no se haya opuesto a su identificación.

⁴³ Salvo error u omisión, la decisión judicial como modo de determinación de la filiación materna solo se menciona en el artículo 147 Código de la familia, sin que ningún otro precepto de dicho texto legal ni tampoco del Código de Procedimiento Civil le dispense un tratamiento mas detallado ni, en concreto, especifique el procedimiento en cuyo seno ha de adoptarse.

⁴⁴ En Derecho marroquí, y pese a las importantes novedades introducidas por la *Mudawana* en aras del principio de igualdad entre hombre y mujer, la filiación ilegítima no puede establecerse respecto del padre, ni, por consiguiente, produce efecto jurídico alguno (art. 148 Código de la familia) lo que resulta claramente discriminatorio respecto de la mujer, respecto de la cual rige el principio *mater semper certa est*, con independencia del origen legítimo o ilegítimo de la filiación.

⁴⁵ Interesa advertir la confusión en que se expresa en este punto la *Mudawana*, en cuanto ya no solo utiliza el término «establecer» para referirse indistintamente a los modos de determinación y a los modos de prueba de la filiación ya determinada, sino que, por añadidura, no especifica con claridad cuáles son los modos de determinación de la filiación paterna.

⁴⁶ Siempre que hayan nacido en los seis meses siguientes al matrimonio o en el año siguiente a la disolución del matrimonio (art. 154 Código de la familia). Por lo demás, acaecido el nacimiento dentro de los plazos legales, es indiferente a los efectos de la determinación de la filiación paterna que el matrimonio sea válido o no (*Guide Pratique du Code de la Famille*, cit., p. 98).

⁴⁷ Conforme a la interpretación del complejo artículo 155 Código de la familia que ofrecen Marie-Claire FOBLETS y Jean-Yves CARLIER, *Le Code Marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, ed. Bruylant, Bruselas, 2005, p. 80, que suscribo. En concreto, el artículo 155 Código de la familia prevé que en el caso de que una mujer se quede embarazada como resultado de unas relaciones sexuales erróneas y dé a luz en el periodo comprendido entre los plazos mínimo y máximo de duración del embarazo, la filiación paterna de ese hijo se atribuirá al autor de dichas relaciones. Con base en el artículo 154 Código de la Familia, debe entenderse por plazo mínimo de dura-

a 162 Código de la familia). No se admite, sin embargo, la acción de investigación de la paternidad.

Así las cosas, en defecto de determinación tanto de la filiación materna como de la filiación paterna no podrán derivarse los efectos propios de la filiación que contempla la *Mudawana* y, en concreto, los deberes de protección inherentes a la condición parental, lo que hará necesario arbitrar un sistema de protección subsidiario a través de la declaración de abandono del menor y ulterior constitución de la *kafala*.

B) *El hijo de padre desconocido y de madre conocida que renuncia a su filiación*

Al supuesto anteriormente descrito la Ley núm. 15-01 equipara novedosamente el del hijo de padre desconocido y madre conocida que lo haya abandonado voluntariamente. Tal supuesto, si bien puede cuestionarse desde la perspectiva del Derecho español, habida cuenta de que legitima la renuncia a la filiación materna una vez determinada, sin embargo, no carece de justificación en un país como Marruecos donde el Derecho de familia se sigue fundamentando exclusivamente en el matrimonio y en la filiación legítima, lo que genera un fuerte rechazo social hacia el fenómeno de las madres solteras⁴⁸. De este modo, la madre soltera, sin apoyo ni reconocimiento social alguno, a menudo analfabeta y sin recursos económicos, no suele tener otra opción que abandonar a su hijo. Las cifras son elocuentes: de cinco mujeres que abandonan a su hijo, cuatro son solteras. De estos abandonos, el 80% se hacen en los centros sanitarios; el resto, en la vía pública⁴⁹. Por ello, no es de extrañar que el colectivo de los menores abandonados esté integrado fundamentalmente por los hijos de madre soltera⁵⁰.

ción del embarazo los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio, y por plazo máximo, el año siguiente a la separación o disolución del matrimonio.

⁴⁸ Vid. en este sentido K. QUALD ALI y T. SAGHIR, «Acercamiento a la adopción en los países del Magreb», cit., p. 91; H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., pp. 23-26; M.-C. FOBLETS y J.-Y. CARLIER, *Le Code Marocain de la famille...*, cit., p. 75; M. LOUKILI, *Les lignes de force du nouveau code de la famille*, p. 1, cit., pp. 3-4; É. BARRAUD, «La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb», cit., p. 7; y *Rapport établi par des Magistrats français sur le nouveau Code de la Famille marocain à l'issue d'un voyage d'étude (du 19 au 29 juin 2007) sur l'application de cette législation*, p. 1 (consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://www.jafbase.fr/doc/Maghreb/Etude-DroitMarocain.pdf>).

⁴⁹ Datos proporcionados por É. BARRAUD, «La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb», cit., pp. 13-14; Isabelle OUELLET, *Revendications féministes au Maroc, bouleverser l'ordre patriarcal*, p. 1 (consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://www.mafhoum.com/press2/75S23.htm>); y Mohamed EL HAMRAOUI, *Quelles perspectives pour les enfants abandonnés?*, p. 1 (consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://www.bladi.net/quelles-perspectives-pour-les-enfants-abandonnés.html>).

⁵⁰ Según constata I. OUELLET, *Revendications féministes au Maroc...*, cit., p. 2.

C) *El menor huérfano*

El tercero de los casos en que un niño puede considerarse abandonado es el del menor huérfano, debiéndose entender por tal aquel menor cuyos progenitores hayan fallecido (art. 1.2 Ley núm. 15-01)⁵¹. No están así incluidos en este supuesto los menores huérfanos solo de un progenitor. Y es que, en atención a lo dispuesto en los artículos 231 y 238 de la *Mudawana*, en caso de fallecimiento del padre –al que el artículo 236 de la *Mudawana* atribuye prioritariamente la *wilaya* o tutela legal–, el menor quedará sujeto a la tutela de la madre (tutela legal) o, en su caso, de aquel que haya designado el padre como tutor testamentario (tutela testamentaria). De este modo, solo cuando la madre que tenga atribuida la tutela de su hijo se revele incapaz de cuidarlo, este podrá ser declarado en abandono, con base en el artículo 1.2 Ley núm. 15-01. Por el contrario, si es la madre la que ha fallecido, la situación jurídica del menor no se verá modificada sustancialmente, toda vez que seguirá bajo la tutela legal del padre, salvo que este incurra en incapacidad para su ejercicio, en cuyo caso procederá la declaración de abandono.

D) *La falta de asistencia del menor no imputable a los padres*

El artículo 1.2 Ley núm. 15-01 también regula como circunstancia constitutiva de abandono la incapacidad de los padres de cuidar al menor. Este supuesto parece que ha de circunscribirse a aquellos casos en que ambos padres sean incapaces de cumplir con los deberes de protección inherentes a la *wilaya* (tutela legal) y *hadana* (guarda) respecto de sus hijos menores por causas que no le sean imputables⁵², ya que la falta de asistencia voluntaria se

⁵¹ Vid. en el mismo sentido H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., p. 26.

⁵² Interesa aclarar a este respecto que en Derecho islámico no se contempla una figura similar a la patria potestad del Derecho español, sino que su contenido se desdobra en dos instituciones distintas como son la *wilaya* y la *hadana*. En orden a su contenido, la *wilaya* comporta la representación del menor en todos los actos de la vida civil, así como la administración de sus bienes; en cambio, la *hadana* se configura como un deber de crianza y educación, lo que la aproxima a la autoridad familiar aragonesa.

La titularidad de la *wilaya* se atribuye exclusivamente al padre en circunstancias normales y solo a la madre cuando excepcionalmente el padre no pueda ejercerla por fallecimiento, ausencia, incapacitación u otro impedimento (arts. 236 y 238 *Mudawana*) y siempre que este no haya designado un tutor testamentario (arts. 237 y 238 *Mudawana*). Por su parte, la *hadana* corresponde a ambos progenitores constante matrimonio, mientras que en caso de ruptura matrimonial se atribuye en exclusiva a uno de ellos, preferentemente a la madre (arts. 164 y 171 de la *Mudawana*).

Sobre la distinción entre la *wilaya* y la *hadana* vid. más ampliamente M.-C. FOBLETS y J.-Y. CARLIER, *Le Code Marocain de la famille...*, cit., pp. 85-93 y 106-110; M. Dolores CERVILLA GARZÓN e Isabel ZURITA MARTÍN, *El Derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español*, ed. Difusión Jurídica, Madrid, 2010, pp. 151-153;

regula específicamente en el artículo 1.3⁵³. En cambio, si la incapacidad solo procede de uno de los progenitores, no podrá hablarse de abandono, si bien el cumplimiento de los deberes de protección recaerá exclusivamente en el otro progenitor, ya sea el padre (que asumirá en exclusiva la *hadana*, además de la *wilaya*), ya sea la madre (que asumirá en exclusiva la *hadana* y adicionalmente la *wilaya*). En cualquier caso, en los términos de gran amplitud en que se expresa el artículo 1.2, dicha incapacidad puede obedecer a razones de índole económica (o «falta de medios legales de subsistencia», según precisa el precepto) o de cualquier otro tipo⁵⁴.

E) *La falta de asistencia del menor imputable a los padres*

Como último supuesto de abandono el artículo 1.3 contempla una serie de situaciones de falta de asistencia imputable a los progenitores, en las que –importa destacar– se transluce el importante componente religioso del Derecho de familia marroquí⁵⁵.

En efecto, el precepto se refiere, en primer lugar, a aquella situación en que los padres del menor mantengan una mala conducta y no asuman su responsabilidad de protección y orientación con el fin de conducirlo por el buen camino. Estamos, por tanto, ante la hipótesis de que los padres incumplan los deberes inherentes a la *hadana* (o guarda de los menores) y, en particular, el deber de velar por la orientación moral y religiosa de sus hijos, al que se refiere específicamente la *Mudawana* en sus artículos 163 y 173, al delimitar el contenido de dicha institución. Es más, el incumplimiento de tal deber es causa de privación de la *hadana*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 173 del mismo texto legal. E incluso se encuentra tipificado penalmente, según resulta del artículo 482 del Código penal marroquí cuyo tenor es el siguiente: «están castigados con la pena de prisión de un mes a un año y una multa de 200 a 500 dirhams los padres que comprometan gravemente (...) por alcoholismo o mala conducta notoria, por falta de cuidados o por falta de dirección necesaria, sea la salud, sea la seguridad, sean la moralidad

y Caridad RUIZ-ALMODOVAR, «El derecho de custodia (Hadana) en los Códigos de estatuto personal de los países árabes», *Awrâq*, núm. 19, 1998, p. 229 (consultado el 25 de marzo de 2013. URL: http://granada.academia.edu/CaridadRuizAlmod%C3%B3var/Papers/177861/El_derecho_de_custodia_Hadana_en_los_Codigos_de_Estatuto_Personal_de_los_paises_arabes).

⁵³ En este sentido H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., p. 28.

⁵⁴ H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit. p. 28, circunscribe, sin embargo, este supuesto a la incapacidad moral de los padres, excluyendo la incapacidad material, interpretación de la que discrepo, habida cuenta del tenor del artículo 1 Ley núm. 15-01.

⁵⁵ De hecho, el propio Código de la familia en su artículo 400 se remite a las prescripciones del rito *malekita* para colmar las lagunas que pueda presentar dicho cuerpo legal.

de sus hijos»⁵⁶. Por ello, no es de extrañar que este comportamiento pueda conllevar la declaración de abandono del menor y la subsiguiente constitución de la *kafala*.

Del mismo modo se entiende que el menor se encuentra en situación de abandono cuando, habiendo fallecido o siendo incapacitado uno de sus padres, el otro progenitor se revele «desviado» y no cumpla el precitado deber de salvaguarda espiritual respecto de sus hijos menores. De ello resulta, por consiguiente, que el incumplimiento unilateral de tal deber por parte de uno de los progenitores solo justifica la declaración de abandono en defecto del otro progenitor. De no ser así, habrá que entender que el hijo quedará bajo la guarda exclusiva del progenitor de buena conducta y, por tanto, no procederá, como es lógico, la declaración de abandono.

4. LA DECLARACIÓN ADMINISTRATIVA DE DESAMPARO EN DERECHO ESPAÑOL

En Derecho español, para que el menor en situación de desamparo sea beneficiario de las medidas de protección previstas en la legislación española y, en particular, para que se constituya la tutela automática es necesaria una resolución motivada de la Administración por la que declare el desamparo del menor y asuma dicha tutela. Tal resolución deberá adaptarse en el curso de un procedimiento administrativo *ad hoc*, cuyos principales trámites son los siguientes: la investigación previa, la incoación del expediente, la evacuación de informes, el trámite de audiencia, los deberes de comunicación y las medidas cautelares.

4.1 Trámite de investigación previa

Con anterioridad a la incoación del expediente de declaración de desamparo, algunas normas autonómicas prevén un trámite de investigación previa⁵⁷. Dicha previsión es sumamente acertada, toda vez que la investigación previa permite a la Administración conocer las circunstancias del caso concreto y así verificar la existencia de indicios de desasistencia al menor que justifiquen la iniciación del correspondiente procedimiento.

⁵⁶ El Código penal marroquí puede consultarse en <http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/penal/Code%20Penal.htm>.

⁵⁷ Artículo 51 de la Ley aragonesa 12/2001, artículo 66 de la Ley balear 17/2006, artículo 65.1.e de la Ley cántabra 8/2010, artículo 106.1 de la Ley catalana 14/2010, artículo 21 del Dc. andaluz 42/2002 y artículo 28 del Dc. Foral 7/2009, en virtud del cual se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley Foral 15/2005 de promoción, atención y protección a la infancia y adolescencia de Navarra.

4.2 Incoación del expediente

En orden a la incoación del expediente, la normativa autonómica subraya el deber de la Administración de intervenir en situaciones justificativas de la declaración de desamparo⁵⁸, lo que permite interpretar que la iniciación de los expedientes será de oficio⁵⁹. Ello sin perjuicio del deber que tanto la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor como la normativa autonómica imponen a toda persona y, en especial, a quien por razones profesionales tenga conocimiento del posible desamparo de un menor de comunicarlo a la autoridad competente⁶⁰. Asimismo, tampoco cabe descartar que sea el propio menor quien solicite el auxilio de los poderes públicos, según se desprende de la lectura de algunas leyes autonómicas⁶¹, lo que, por lo demás, resulta coherente con la situación legal del menor definida en la Ley Orgánica 1/1996 en la que subyace una potenciación de su capacidad de obrar⁶².

4.3 Evacuación de informes

La legislación autonómica exige con carácter previo a la declaración de desamparo un estudio de la situación personal y socio-familiar del menor, que pasa por la constancia en el correspondiente

⁵⁸ Sirva de ejemplo el artículo 23.2 de la Ley andaluza 1/1998 que se expresa en los siguientes términos: «El órgano competente de la Administración de la Junta de Andalucía que tenga conocimiento de una situación de posible desamparo de un menor iniciará expediente de protección». En términos similares se pronuncian el artículo 31.2 de la Ley asturiana 1/1995, el artículo 62.3 de la Ley cántabra, 8/2010, el artículo 35 de la Ley castellano-manchega 3/1999, el artículo 106.1 de la Ley catalana 14/2010, el artículo 50.1 de la Ley 1/2006 de La Rioja, el artículo 52.1 de la Ley 6/1995 de garantías de derechos de la infancia y la adolescencia de Madrid y el artículo 58.1 de la Ley 3/2005 del País Vasco.

⁵⁹ Excepcionalmente la Ley valenciana 7/1994 en su artículo 22.2 prevé que el procedimiento de desamparo podrá iniciarse «bien de oficio o a instancia de parte», si bien en el Dc. 93/2001, artículo 27, solo se encuentra un desarrollo reglamentario de la incoación de oficio. También permite la incoación del procedimiento a instancia de parte –en concreto, del Ministerio Fiscal, del propio menor o de sus padres o tutores– e, incluso, por orden judicial el artículo 65.1 de la Ley balear 17/2006.

⁶⁰ Tal deber se contempla, de modo muy similar, en el artículo 13 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, artículo 18.5 de la Ley andaluza 1/1998, artículo 50.1 de la Ley aragonesa 12/2001, artículo 32 de la Ley asturiana 1/1995, artículo 59 de la Ley balear 17/2006, artículo 48.1 letra *d*) de la Ley canaria 1/1997, artículo 63 de la Ley cántabra 8/2010, artículo 46 de la Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 5 de la Ley castellano-manchega 3/1999, artículo 100 de la Ley catalana 14/2010, artículo 7 de la Ley extremeña 4/1994, artículo 39.3 de la Ley gallega 3/2011, artículo 22.3 de la Ley 3/1995 de Infancia de la Región de Murcia, artículo 4.3 de la Ley navarra 15/2005, artículo 33 de la Ley 1/2006 de La Rioja y artículo 83.2 de la Ley valenciana 12/2008.

⁶¹ *Vid.* artículo 23.4 de la Ley andaluza 1/1998, artículo 8.1 *c*) de la Ley aragonesa 12/2001, artículo 65.1 de la Ley balear 17/2006, artículo 48.1 letra *b*) de la Ley canaria 1/1997, artículo 58.1 de la Ley castellano-leonesa 14/2002 y artículo 27.1 del Dc. navarro 7/2009.

⁶² Como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, «El Ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social».

expediente de los informes oportunos por parte de técnicos pertenecientes a diferentes ámbitos profesionales –tales como asistentes sociales, psicólogos, pedagogos o médicos–⁶³. Ello resulta coherente con la previsión del artículo 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, relativa al carácter colegiado e interdisciplinar de la intervención protectora de la Administración.

4.4 Trámite de audiencia

Igualmente constituye un elemento procedimental generalizado en la legislación autonómica el trámite de audiencia a los padres o, en su caso, tutores o guardadores en el seno del expediente. No obstante, son mayoría las normas que flexibilizan el cumplimiento de este trámite, en cuanto que lo condicionan a cuando «ello sea posible»⁶⁴.

En cambio, resulta exigible en todo caso, por imperativo del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, que se escuche al menor durante la tramitación del procedimiento⁶⁵. Adicionalmente, este precepto precisa novedosamente la

⁶³ Sirva de ejemplo el artículo 51.2 de la Ley aragonesa 12/2001, que regula el contenido de los informes con gran minuciosidad: «La valoración de la declaración (...) de desamparo y de la procedencia de las medidas de protección requerirá previamente un estudio interdisciplinar del menor y de su entorno, que ponga de manifiesto las necesidades que se deben cubrir, el objetivo general, y las medidas o instrumentos de protección». También se refieren a la obligatoriedad de los informes técnicos para apreciar la procedencia de la declaración de desamparo el artículo 65.1.a de la Ley cántabra 8/2010, el artículo 63 de la Ley castellano-leonesa 14/2002, el artículo 106.3 de la Ley catalana 14/2010, el artículo 37.4 de la Ley castellano-manchega 3/1999, el artículo 54.2 de la Ley gallega 3/2011, el artículo 50.2 de la Ley 1/2006 de La Rioja, el artículo 52.1.b de la Ley madrileña 6/1995, el artículo 58.1.a de la Ley 3/2005 del País Vasco, el artículo 100.2 de la Ley valenciana 12/2008 y el artículo 29 del Dc. navarro 7/2009.

⁶⁴ Reconocen sin excepción alguna el derecho de audiencia de los padres, tutores o guardadores el artículo 64.2 de la Ley castellano-leonesa 14/2002, el artículo 106.4 de la Ley catalana 14/2010, el artículo 8.2 de la Ley extremeña 4/1994, el artículo 24 de la Ley murciana 3/1995, el artículo 50.3 de la Ley 1/2006 de La Rioja y el artículo 100.3 de la Ley valenciana 12/2008.

No obstante, como se ha indicado en texto, existen otras regulaciones que atemperan la exigencia de la audiencia. Así, el artículo 67.2 de la Ley balear 17/2006, el artículo 48.3 de la Ley canaria 1/1997, el artículo 65.1.c Ley cántabra 8/2010, el artículo 52 de la Ley madrileña 6/1995 y el artículo 58.1.d Ley vasca 3/2005 confieren el derecho de audiencia, a padres, tutores o guardadores «siempre que sea posible»; el artículo 52.1 de la Ley aragonesa 12/2001, a los padres o quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, así como a la Junta de Parientes «siempre que sea posible»; el artículo 37.3 de la Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha, a la familia del menor, salvo que concurra algún motivo que imposibilite la audiencia; el artículo 54.1 de la Ley gallega 3/2011, a padres, tutores o guardadores «salvo en los casos de urgencia con grave riesgo para el menor».

Una aclaración de la expresión legal «siempre que sea posible» puede encontrarse en el artículo 1.b del Dc. 54/1998 de Canarias, cuyo tenor es el siguiente: «se considera que no es posible oír a las personas mencionadas cuando notificadas en forma legal de la instrucción del correspondiente expediente, la incomparecencia de los interesados se deba a su voluntad expresa o tácita o a su negligencia».

⁶⁵ Como señala Antonio GULLÓN BALLESTEROS, «Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor», *LL*, 1996-1, D-40, p. 1693, el derecho del menor a ser oído no

forma en que el menor puede ejercitar su derecho a ser oído⁶⁶. Así, cuando el menor tenga suficiente juicio⁶⁷ podrá ejercitarlo personalmente o a través la persona que designe para que le represente. Si ello no es posible –porque carezca de suficiente juicio o por cualquier otra circunstancia– o no conviene al interés del menor, se contempla la posibilidad de conocer la opinión de este a través de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con el menor puedan transmitirla objetivamente, como pueden ser sus profesores o su pediatra –según se indica en el AAP de Navarra de 2 de marzo de 2000–.⁶⁸

constituye sino una extrapolación a todos los procedimientos de lo previsto en el Cc para aquellos casos en que el Juez tenga que adoptar una decisión que afecte a menores. Partiendo de esta afirmación, resulta obvio que entre estos procedimientos debe entenderse incluido el encaminado a la declaración de desamparo.

Por su parte, las leyes autonómicas prevén, asimismo, la audiencia del menor bien como derecho genérico de este (tal es el caso de las Leyes de Andalucía y Asturias), bien como trámite específico del expediente de desamparo (tal es el caso de las Leyes de Canarias, Cataluña, Extremadura, La Rioja y Valencia), bien desde ambas perspectivas (como sucede en las Leyes de Aragón, Baleares, Cantabria, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Murcia y País Vasco).

⁶⁶ Tal y como ha sido puesto de relieve por Manuel RIVERA FERNÁNDEZ, «Anotaciones a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», *RGD*, núm. 621 (1996), p. 6507.

⁶⁷ El legislador estatal ha condicionado, por tanto, esta primera modalidad de ejercicio del derecho a un concepto jurídico indeterminado y, por tanto, de difícil valoración –que el menor tenga suficiente juicio–, prescindiendo de fijar un límite de edad.

De este criterio discrepa gran parte de la legislación autonómica donde se supedita la audiencia al menor al requisito alternativo de que sea mayor de doce años o que tenga suficiente juicio si su edad es inferior: artículo 52.1 de la Ley aragonesa 12/2001, artículo 11 de la Ley asturiana 1/1995, artículo 67.2 de la Ley balear 17/2006, artículo 48.3 de la Ley canaria 1/1997, artículo 54.1 de la Ley 14/2002 de Castilla y León, artículo 37.2 de la Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha, artículo 100.3 de la Ley catalana 14/2010, artículo 12.1 de la Ley extremeña 4/1994, artículo 52.1.c y d Ley madrileña 6/1995, artículo 50.3 de la Ley 1/2006 de La Rioja y artículo 30.1 Dc. navarro 7/2009.

Con todo, excepcionalmente algunas normas autonómicas utilizan idéntica expresión que la Ley Orgánica 1/1996, como es el caso de la Ley cántabra 8/2010 en su artículo 65.1.b y de la Ley vasca 3/2005 en su artículo 58.1.c; o expresiones que adolecen de la misma falta de precisión, p.e. el artículo 15.2 de la Ley murciana 3/1995 («de acuerdo con su desarrollo evolutivo») y el artículo 106.4 Ley catalana 14/2010 («si tiene suficiente conocimiento»).

E incluso, la Ley andaluza 1/1998 en su artículo 14.1 reconoce el derecho que nos ocupa al menor sin mayor precisión.

Una interpretación del término «suficiente juicio» se encuentra en el AAP de Toledo de 2 de julio de 1999 que afirma lo siguiente: «En el presente presupuesto, los menores afectados por la medida de acogimiento tienen al día de hoy tres y cuatro años, y el desarrollo de sus capacidades de autodeterminación y comunicación es, si no deficitario, como pudiera desprenderse de los informes incorporados al expediente, como máximo el atemperado a su edad. Es evidente que en tal situación su audiencia es superflua, pues carecen del juicio o del criterio para decidir acerca del régimen de guarda que les resultaría más favorable».

⁶⁸ Por lo que respecta a las normas autonómicas, aunque en su mayoría suelen guardar silencio en lo referente a la forma de ejercicio de este derecho, excepcionalmente algunas de ellas contienen previsiones al respecto. En concreto, la Ley aragonesa 12/2001

4.5 *La resolución motivada de declaración de desamparo*

Cumplimentados los trámites anteriores, la entidad pública competente deberá dictar resolución motivada, en la que hará constar, en su caso, la declaración de desamparo y la asunción de la tutela del menor⁶⁹. Dicha resolución declarativa de desamparo es susceptible de impugnación por los padres o tutores del menor en el plazo de tres meses desde su notificación⁷⁰ ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa (art. 172.6 Cc)⁷¹, lo que no deja de constituir una importante garantía para aquellos⁷². No obstante lo anterior, la legislación autonómica le atribu-

en su artículo 13 reproduce literalmente lo preceptuado en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996. La Ley andaluza 1/1998 en su artículo 14.1, con la expresión «en la forma legalmente establecida», parece remitirse a las modalidades de ejercicio previstas en dicha norma estatal; la Ley cántabra 8/2010 en su artículo 65.1 b) dispone que «se garantizará que [el menor] ejercite su derecho por sí mismo, o a través de la persona que designe para su representación, o en todo caso de oficio». La Ley 14/2002 de Castilla y León en su artículo 64.1 reconoce la posibilidad del menor de ejercer el derecho a ser oído «por sí mismo o por medio de representante por él designado», expresión que reproducen el artículo 30.1 del Dc. navarro 7/2009, el artículo 37 de la Ley castellano-manchega 3/1999 y el artículo 58.1.c de la Ley vasca 3/2005, esta última añadiendo lo siguiente: «cuando ello no sea posible o no convenga al interés de la persona menor de edad, podrá conocerse su opinión a través de personas que, por su profesión y relación de especial confianza con ella, puedan transmitirla objetivamente».

En cualquier caso, a mi modo de ver, la legislación autonómica debe ser interpretada conforme al precepto estatal mencionado –esto es, el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor–, habida cuenta (como ha puesto de relieve FRANCISCO BENITO ALONSO, «Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo: Tutela por ministerio de ley y guarda», *LL*, 1997-6, D-360, p. 1730) de su naturaleza orgánica. En particular, a los efectos de este trabajo, resulta especialmente importante considerar aplicable con carácter general la excepción relativa al derecho de ser oído a través de los representantes legales cuando exista contraposición de intereses, lo que puede acontecer fácilmente en los procesos de desamparo.

⁶⁹ *Vid.* los artículos 53.1 y 60.1 de la Ley aragonesa 12/2001, los artículos 18.2 y 33 de la Ley asturiana 1/1995, el artículo 71.1 de la Ley balear 17/2006, el artículo 65.3 de la Ley cántabra 8/2010, el artículo 67.1 de la Ley 14/2002 de Castilla y León, el artículo 37.3 de la Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha, el artículo 106.6 de la Ley catalana 14/2010, el artículo 8 de la Ley extremeña 4/1994, el artículo 8.1 de la Ley 2/2006 de Derecho civil de Galicia, el artículo 52 de la Ley madrileña 6/1995, el artículo 15 de la Ley murciana 3/1995, el artículo 51.1 de la Ley 1/2006 de La Rioja, el artículo 58.2 de la Ley vasca 3/2005, el artículo 100.5 de la Ley valenciana 12/2008 y el artículo 32.1 y 3 del Dc. navarro 7/2009.

En cuanto al plazo para dictar dicha resolución, no existe un criterio uniforme en la legislación autonómica, pudiendo encontrar normas que fijan un plazo máximo de tres meses (art. 67.2 de la Ley castellano-leonesa 14/2002, art. 52.2 de la Ley madrileña 6/1995, art. 52.2 de la Ley riojana 1/2006 y art. 58.2.2 de la Ley vasca 3/2005) hasta otras que lo extienden al año (art. 106.6 de la Ley catalana 14/2010).

⁷⁰ Plazo de ejercicio de la acción de impugnación de las resoluciones administrativas declarativas de desamparo que ha sido incorporado en la nueva redacción dada al artículo 780.1 LEC por la Ley 54/2007 de Adopción Internacional.

⁷¹ En concreto, la impugnación de la declaración de desamparo ha de resolverse por los trámites del juicio verbal (arts. 753 y 780.4 LEC). Respecto a la jurisdicción competente, el artículo 779.2 LEC la atribuye a los Juzgados de Primera Instancia del lugar donde tenga su domicilio la entidad pública.

⁷² *Vid.* en términos de valoración positiva G. GARCÍA CANTERO, «El desamparo y el acogimiento...», *cit.*, p. 246.

ye eficacia inmediata, lo que resulta plenamente justificado en atención al ámbito en que nos encontramos, esto es, la protección de menores, cuyo interés es siempre preferente⁷³.

En cambio, de no ser procedente la declaración de desamparo, el expediente será archivado mediante resolución motivada⁷⁴, salvo que en el mismo se haya constatado que el menor se encuentra en situación de riesgo, en cuyo caso dicho expediente habrá de derivarse a los servicios sociales a fin de que adopten las medidas de protección que estimen más adecuadas⁷⁵.

4.6 *Los deberes de comunicación*

Complementariamente, el artículo 172.1.1 Cc y las disposiciones autonómicas coinciden en exigir que las declaraciones de desamparo sean notificadas a los progenitores, tutores o guardadores del menor⁷⁶, estableciendo normalmente un plazo de cuarenta y ocho horas para ello⁷⁷. Igualmente, deberá informarse a aquellos de las causas que han motivado la intervención administrativa y de sus posibles consecuencias, así como de los medios de oposición a la misma, según especifican algunas normas autonómicas⁷⁸.

Asimismo, en aplicación del mencionado precepto del Código civil y de la normativa autonómica, se exige la puesta en conoci-

⁷³ *Vid.*, entre otros, artículo 23.2 de la Ley 171998 andaluza, artículo 19.3 de la Ley asturiana 1/1995, artículo 39.1 de la Ley castellano-manchega 3/1999, artículo 109.1 de la Ley catalana 14/2010, artículo 54.1 de la Ley gallega 3/2011, artículo 52 de la Ley 1/2006 de La Rioja, artículo 24.3 de la Ley murciana 3/1995 y artículo 100.6 de la Ley valenciana 12/2008.

Sobre la problemática derivada de la ejecución de las declaraciones de desamparo puede consultarse mi trabajo «La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de la declaración de desamparo», *Aranzadi Civil*, núm. 4 (2001), pp. 15-45.

⁷⁴ Según se prevé expresamente en el artículo 68 de la Ley balear 17/2006.

⁷⁵ De acuerdo con el artículo 65.5 de la Ley cántabra 8/2010, el artículo 109.1 de la Ley catalana 14/2010 y el artículo 58.2.4 de la Ley vasca 3/2005.

⁷⁶ Obviamente, en Aragón habrán de ser notificados quienes sean titulares de la autoridad familiar en cada caso concreto (progenitores, padrastro/madrastra, abuelos o hermanos mayores: arts. 64 y 85 a 87 Código del Derecho Foral de Aragón) y, solo en su defecto, el tutor, curador o guardador de hecho. En tal sentido debe interpretarse la expresión «los padres o quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar» del artículo 53.1 de la Ley aragonesa 12/2001.

⁷⁷ Plazo fijado en el artículo 172.1 Cc y que reproduce la legislación autonómica de protección de menores (art. 53.1 de la Ley aragonesa 12/2001, artículo 71.2 de la Ley balear 17/2006, artículo 65.2 de la Ley cántabra 8/2010, artículo 68.1 de la Ley 14/2002 de Castilla y León, artículo 38 de la Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha, artículo 49.1 de la Ley canaria 1/1997, artículo 51.4 de la Ley navarra 15/2005, artículo 51.2 de la Ley 1/2006 de La Rioja, artículo 58.2 de la Ley vasca 3/2005 y artículo 100.6 de la Ley valenciana 12/2008).

⁷⁸ Artículo 53.1 de la Ley aragonesa 12/2001, artículo 65.3 de la Ley cántabra 8/2010, artículo 108.2 de la Ley catalana 14/2010, artículo 51.5 de la Ley navarra 15/2005, artículo 51.3 de la Ley 1/2006 de La Rioja, y artículo 100.6 de la Ley valenciana 12/2008.

miento al Ministerio Fiscal, al objeto de que pueda cumplir el deber de vigilancia de las tutelas que le asigna el artículo 174 Cc⁷⁹.

Excepcionalmente, alguna norma autonómica también incluye al propio menor entre los sujetos a notificar, en función de su grado de madurez y, en todo caso, si es mayor de doce años⁸⁰. E igualmente, para el caso de que sea extranjero, a la autoridad consular del Estado del que sea nacional⁸¹.

4.7 *Las medidas cautelares*

Por último, interesa destacar que, con carácter general, las legislaciones autonómicas facultan a la Administración para adoptar medidas provisionales en aquellos casos que exista un grave riesgo para el menor que exija una intervención urgente⁸².

En concreto, cuando concurren las circunstancias descritas, las normas autonómicas permiten una declaración provisional de desamparo con los efectos característicos de la misma (esto es, la asunción de la tutela), si bien requiere confirmación posterior, para lo cual deberá darse cumplimiento a los trámites de la declaración ordinaria de desamparo⁸³. Esta previsión, sin duda, merece una

⁷⁹ En lo referente a la normativa autonómica, este trámite se prevé en el artículo 23.3 de la Ley andaluza 1/1998, artículo 53.2 de la Ley aragonesa 12/2001, artículo 34.1 de la Ley asturiana 1/1995, artículo 71.2 de la Ley balear 17/2006, artículo 49.3 de la Ley canaria 1/1997, artículo 65.2 Ley cántabra 8/2010, artículo 68.1 de la Ley 14/2002 de Castilla y León, artículo 38.1 de la Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha, artículo 108.1 de la Ley catalana 14/2010, artículo 9 de la Ley extremeña 4/1994, artículo 8.2 de la Ley 2/2006 de Derecho civil de Galicia, artículo 24.1 de la Ley murciana 3/1995, artículo 51.4 de la Ley navarra 15/2005, artículo 51.2 de la Ley riojana 1/2006 y artículo 58.2 de la Ley vasca 3/2005.

⁸⁰ Artículo 29.1 Dc. andaluz 42/2002 y artículo 108.1 de la Ley catalana 14/2010.

⁸¹ Artículo 29.1 Dc. andaluz 42/2002.

⁸² Así, las normas autonómicas utilizan expresiones muy similares para identificar la situación justificativa de la adopción de medidas cautelares. Por ejemplo, de «casos en que exista un grave riesgo para el menor o cualquier otra causa que exija una intervención urgente» hablan las normas aragonesa y canaria. En términos semejantes se expresa la Ley riojana: «cuando (...) pueda existir peligro para el menor o cualquier otra causa que exija una intervención urgente». A «circunstancias que pongan en grave riesgo la integridad física o psíquica de los menores» se refiere el Dc. andaluz 42/2002. Una expresión similar, la de «hechos que ponen en peligro la integridad física o psíquica de la persona menor», emplea la ley cántabra. La ley vasca habla de «situación que suponga la existencia de desprotección grave para el niño, niña o adolescente en lo que su integridad física o psíquica se refiere y haga precisa una intervención inmediata». La norma asturiana se refiere a «supuestos de urgencia debidamente justificada que demanden una actuación inmediata». La norma balear, a «la existencia de un riesgo grave e inminente para su integridad física o psíquica». La norma navarra, a «situación de urgencia y especial gravedad». Tampoco faltan expresiones mucho más amplias, como la que emplea la Ley madrileña («en caso necesario»).

⁸³ Vid. artículo 60.2 de la Ley aragonesa 12/2001, artículo 33 de la Ley asturiana 1/1995, artículo 69 de la Ley balear 17/2006, artículo 48.4 de la Ley canaria 1/1997, artículo 66 de la Ley cántabra 8/2010, artículo 62.1 y 4 de la Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 37.5 de la Ley castellano-manchega 3/1999, artículo 110 de la Ley catalana 14/2010, artículo 12.3 de la Ley extremeña 4/1994, artículo 53 de la Ley madrileña 6/1995, artículo 24.2 de la Ley murciana 3/1995, artículo 53 de la Ley riojana 1/2006, artículo 101 de la Ley valenciana 12/2008, artículo 59 de la Ley vasca 3/2005 y artículo 19.3 del Dc. navarro 7/2009.

valoración positiva, pues permite a la Administración abordar sin demora situaciones de crisis y ulteriormente, mediante la tramitación del oportuno procedimiento administrativo con las necesarias garantías, adoptar una decisión definitiva sobre la conveniencia de declarar el desamparo del menor o su reinserción familiar, de ser posible⁸⁴. Por lo demás, como se ha defendido en otro lugar, personalmente entiendo que esta es la medida de protección a adoptar respecto de los menores extranjeros no acompañados en el momento en que son localizados en territorio español, dadas las condiciones extremas que llegan a nuestro país, sin perjuicio de que con posterioridad se tramite el oportuno expediente de declaración de desamparo⁸⁵.

5. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE ABANDONO EN DERECHO MARROQUÍ

Como sucede en Derecho español, en Derecho marroquí la protección de los menores abandonados pasa por la necesaria declaración formal de abandono. Ahora bien, esta declaración corresponde, no a la Administración, sino a la autoridad judicial, adoptándose en el seno de un procedimiento que se regula en los artículos 3 a 8 Ley núm. 15-01 relativa a la *kafala* de los menores abandonados, dotado de importantes garantías a fin de preservar el interés superior del menor. De este modo, el legislador marroquí, en un planteamiento que difiere del legislador español, ha optado por la *judicialización* de la protección de los menores abandonados, excluyendo cualquier tipo de intervención administrativa.

5.1 *El importante papel del Ministerio Fiscal en la tramitación del procedimiento de declaración de abandono*

La primera singularidad de dicho procedimiento dirigido a obtener la declaración de abandono radica en que, a diferencia del procedimiento español de declaración de desamparo, no se inicia de oficio, sino a instancia de parte, en concreto, del Ministerio Fiscal, lo que, sin duda, encuentra justificación en la función que tiene atribuida en Derecho marroquí de defensor de los intereses de los

⁸⁴ En tales términos se expresa L. MURILLO JASO, «El desamparo de menores y el acogimiento...», cit., p. 274, cuya opinión comparto plenamente.

⁸⁵ Aurora LÓPEZ AZCONA, «El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 17, 2008, pp. 124-125.

menores⁸⁶, en coincidencia, por lo demás, con el Derecho español. Así resulta del artículo 4 Ley núm. 15-01 que dispone que el Procurador del Rey deberá presentar la demanda de declaración de abandono ante la autoridad judicial competente, que no es otra que el Tribunal de Primera Instancia del lugar donde haya sido encontrado el menor o donde se ubique el centro social donde haya sido internado aquél⁸⁷.

Es más, del tenor de este precepto resulta que el Ministerio Fiscal habrá de presentar la demanda a la mayor brevedad posible desde el momento en que tenga conocimiento de la situación de abandono en que se encuentre el menor ya sea por sí mismo o por un tercero. A este respecto, el artículo 3 Ley núm. 15-01, de modo similar a la legislación española (art. 13 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor), impone a toda persona que descubra un menor abandonado el deber de informar de dicha situación a los servicios de policía o gendarmería o a las autoridades locales del lugar donde haya sido encontrado el menor, así como el deber de prestarle asistencia inmediata. El incumplimiento de tal deber está tipificado penalmente, toda vez que el artículo 469 del Código penal marroquí lo sanciona con la pena de reclusión de uno a dos meses y/o multa superior a 100 dirhams.

Por añadidura, con carácter previo a la presentación de la demanda de abandono el Ministerio Fiscal ha de cumplir una serie de obligaciones que le imponen los artículos 4 y 5 Ley núm. 15-01, lo que revela el importante papel que le asigna el Derecho marroquí en los procedimientos de declaración de abandono como, en general, en todos los procedimientos en materia de Derecho de Familia⁸⁸.

En concreto, corresponde el Ministerio Fiscal con carácter cautelar bien ordenar el ingreso del menor ya sea en un centro sanitario o de protección social de la infancia –lo que dependerá de sus condiciones de salud, según entiendo–, bien atribuir su cuidado a una familia o una persona –en concreto, mujer– que desee cuidarlo temporalmente o acogerlo en *kafala* tras la declaración de abandono (arts. 4 y 8 Ley núm. 15-01). Tal previsión merece, sin duda, una valoración positiva, en cuanto articula una suerte de acogimiento provisional de los menores abandonados a fin de dotarles de la debida asistencia durante la tramitación del procedimiento de declaración de abandono, lo que pone de manifiesto la creciente

⁸⁶ Según advierte H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., p. 30.

⁸⁷ Nótese que, a efectos procesales, en Derecho marroquí se entiende por lugar de residencia el lugar donde la persona se encuentra efectivamente en un momento determinado (art. 520 Código de Procedimiento Civil).

⁸⁸ Circunstancia que destaca el *Rapport établi par des Magistrats français sur le nouveau Code de la Famille marocain...*, cit., p. 1.

implicación del legislador marroquí en materia de protección de menores, más que notoria a partir de la ratificación de la Convención de Derechos del Niño de 1989⁸⁹, aparte de presentar un evidente paralelismo con las medidas cautelares previstas en la legislación española respecto del proceso de declaración de desamparo.

Asimismo, según prevé el artículo 4 *in fine* Ley núm. 15-01, es obligación del Ministerio Fiscal la de proceder a la oportuna investigación a fin de constatar la situación de abandono en que se encuentra el menor. Esta previsión se complementa con lo dispuesto en el artículo 5.2 Ley núm. 15-01, del que resulta que, una vez practicada dicha investigación, el Ministerio Fiscal habrá acompañar a la demanda todos los elementos resultantes de la misma, a fin de que el juez cuente con criterios de valoración suficientes a la hora de pronunciarse sobre la pertinencia (o no) de la declaración de abandono. Con ello se trata, sin duda, de evitar declaraciones infundadas de abandono, en un planteamiento similar al del Derecho español, lo que resulta a todas luces plausible, si bien se echa en falta una previsión similar a la de la legislación española acerca de la necesidad de acreditar la situación de desamparo mediante la evacuación de un estudio técnico de carácter interdisciplinar. Y es que en los términos en que se expresan los artículos precitados, en Derecho marroquí se atribuye exclusivamente al Ministerio Fiscal la responsabilidad de verificar la situación de abandono de los menores, sin que cuente para ello con la ayuda de técnicos procedentes de diferentes ámbitos profesionales como pueden ser asistentes sociales, psicólogos o médicos, lo que, sin duda, facilitaría su tarea, aparte de que resultaría más garantista tanto para el menor como para su familia, en caso de tenerla.

Por último, y solo para el caso de que el menor en situación de abandono no haya sido inscrito en el Registro del Estado Civil, el Ministerio Fiscal habrá de instar dicha inscripción, al objeto de regularizar su estado civil⁹⁰ y, por consiguiente, su situación jurídica (art. 5.1 Ley núm. 15-01). Tal previsión es de suma importancia, toda vez que resulta coherente con los compromisos internacionales asumidos por Marruecos en orden a garantizar los derechos al nombre y a la nacionalidad de los menores consagrados en la Con-

⁸⁹ Según constata Rajae EL MRAHI, *Les droits de l'enfant en Maroc*, p. 1 (consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://www.ahjucaf.org/Les-droits-de-l-enfant-au-Maroc.html>).

⁹⁰ De acuerdo con el artículo 1 de la Ley núm. 37-99 relativa al estado civil, en Derecho marroquí se entiende por estado civil «el régimen consistente en consignar y autenticar los hechos civiles fundamentales relativos a las personas, tales como el nacimiento, la muerte, el matrimonio y el divorcio». (La Ley marroquí relativa al estado civil puede consultarse en <http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/civil/l%20etat%20civil.htm>).

ención Internacional de Derechos del Niño de 1989⁹¹. Por añadidura, con esta medida se trata de corregir el efecto disuasorio que podía suponer en la legislación anterior para las personas interesadas en solicitar la *kafala* la carga de ocuparse de la inscripción de los menores a su cargo⁹².

En cualquier caso, según especifica el precitado precepto, dicha inscripción habrá de practicarse «con respeto a las disposiciones de la legislación relativa al estado civil», lo que implica una remisión a la Ley núm. 37-99 relativa al estado civil y a su Decreto de desarrollo (Decreto núm. 2-99-665)⁹³. De ello resulta que dos son las vías para practicar la inscripción de los menores abandonados: la declaración de nacimiento del propio Ministerio Fiscal y la declaración judicial de nacimiento. Así, en el caso de que el menor sea hijo de padres desconocidos o haya sido abandonado después del parto, la inscripción podrá practicarse mediante la declaración de nacimiento del Ministerio Fiscal en el plazo de treinta días a contar desde el nacimiento, acompañada de un certificado médico que determine aproximadamente la edad del menor (art. 16.5 Ley núm. 37-99 relativa al estado civil y artículo 1 Decreto núm. 2-04-331)⁹⁴. Cuando el menor no se encuentre en ninguna de las dos situaciones descritas o, en todo caso transcurridos los treinta días siguientes al nacimiento, el Ministerio Fiscal no podrá promover directamente la inscripción ante el Oficial del Estado Civil en virtud de su propia declaración de nacimiento, sino que habrá de solicitar al Tribunal de Primera Instancia que dicte una resolución ordenando la inscripción, lo que constituye la denominada «declaración judicial de estado civil» (arts. 217 y 218 Código de Procedimiento Civil).

5.2 *La sustanciación del procedimiento de declaración de abandono ante el Tribunal de Primera Instancia*

Una vez presentada la demanda por el Ministerio Fiscal, corresponde al Tribunal de Primera Instancia la sustanciación del procedimiento de declaración de abandono, que regula muy some-

⁹¹ Como ponen de relieve H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., pp. 31 y 64-65; y Hafsa AFAILAL, *El sistema de protección de la infancia en Marruecos: debilidades y consecuencias*, p. 11 (consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://www.fmyv.es/ci/es/Infancia/lgpi/31.pdf>).

⁹² A. QARMOUC, *La kafala de niños abandonados*, Ed. Dar Assalam, Rabat, 1.ª ed., 2008, p. 135 (en árabe), citado por H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., nota 77, p. 32.

⁹³ El Dc. núm. 2-99-665 ha sido consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://www.amb-maroc.fr/documents/ETAT%20CIVIL%20FARNCAIS.pdf>.

⁹⁴ El Dc. núm. 2-04-331 es complementario del Dc. núm. 2-99-665. Ha sido consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://www.amb-maroc.fr/documents/ETAT%20CIVIL%20FARNCAIS.pdf>.

ramente la Ley núm. 15-01. En efecto, la Ley prevé únicamente los trámites relativos a la práctica de la prueba y la sentencia, sin contemplar trámites tan importantes en un procedimiento de esta naturaleza como son la necesaria audiencia y la preceptiva notificación de la declaración de abandono a los sujetos afectados.

Centrando nuestra atención en los trámites regulados en la Ley núm. 15-01, su artículo 6.1 prevé que el Tribunal podrá ordenar la práctica de toda investigación o prueba pericial que estime necesaria, a fin de complementar la investigación desarrollada por el Ministerio Fiscal sobre la situación de abandono del menor.

Si de la prueba practicada resulta que los padres del menor son desconocidos, el Tribunal dictará una sentencia provisional que contenga todas las indicaciones necesarias a efectos de la identificación del menor, con especial mención de sus características físicas y del lugar donde fue encontrado. Acto seguido, el Tribunal ordenará al Ministerio Fiscal la publicación de la misma mediante anuncios a colocar durante un plazo de tres meses en las oficinas de las colectividades locales y de las prefecturas del lugar donde haya sido encontrado el menor, así como en cualquier otro lugar que estime oportuno, al objeto de que los progenitores puedan personarse en el procedimiento para probar su vínculo paterno-filial y reclamar la restitución del menor (art. 6.2 Ley núm. 15-01).

Transcurrido este plazo sin que se personen los progenitores del menor, el Tribunal dictará sentencia declarando el abandono del menor. De igual modo procederá en caso de que el menor tenga padres conocidos, pero se encuentre en alguna de las situaciones determinantes de la situación de abandono contempladas en el artículo 1 Ley núm. 15-01.

Dicha declaración judicial de abandono es susceptible de ejecución provisional, sin perjuicio de que pueda ser objeto de ulterior recurso (art. 6.3 Ley núm. 15-01), previsión esta muy acertada, habida cuenta que con la misma se trata de poner fin sin demora a la situación de abandono en que se encuentra el menor afectado y que, por lo demás, viene a coincidir con lo dispuesto en la legislación española acerca de la eficacia inmediata de las resoluciones administrativas declarativas de desamparo. En concreto, y como primera medida de protección tras la declaración de abandono, el menor podrá ser confiado por el Ministerio Fiscal, de no haberlo sido antes, a un establecimiento –público o privado– especializado en protección de menores o a una familia de acogida hasta que, en su caso, se constituya la *kafala* (art. 8 Ley núm. 15-01).

Muy restrictiva se muestra, sin embargo, la legislación marroquí en orden al deber de notificar la sentencia declarativa de aban-

dono, toda vez que fija como único destinatario de la misma al Juez de Tutelas en su calidad de representante legal de los menores abandonados y de juez competente para resolver las demandas de *kafala* (art. 7 Ley núm. 15-2001), sin hacer referencia al Ministerio Fiscal ni, lo que resulta más cuestionable, a los padres del menor declarado en abandono, lo que no deja de causarles una cierta indefensión, habida cuenta de las importantes repercusiones de la declaración de abandono.

6. LOS MECANISMOS ESPAÑOLES DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

6.1 La tutela automática de la administración

El Código civil español (arts. 172.1 y 239), atribuye a la entidad pública competente en materia de protección de menores la tutela de los menores en situación de desamparo. En efecto, cuando la entidad pública a la que esté encomendada la protección de menores en cada Comunidad Autónoma declare en desamparo a un menor, asume automáticamente *–ope legis* y, por tanto, sin intervención judicial– la tutela del mismo⁹⁵.

Esta modalidad de tutela *ex lege* o automática constituye la intervención más enérgica de la Administración en el ámbito de la protección de menores, de tal manera que solo debe adoptarse cuando no sea posible la integración del menor en su propia familia o resulte insuficiente la asunción temporal de la guarda administrativa.

6.1.1 CONTENIDO

En atención a lo dispuesto en el artículo 172.1.3 Cc y en la propia normativa autonómica de protección de menores, la tutela automática de la Administración conlleva la suspensión –que no extinción– de la patria potestad o, en su caso, de la tutela ordinaria, lo que no deja de resultar sorprendente en un sistema jurídico como el

⁹⁵ Tal y como se indica en la legislación autonómica de protección de menores. *Vid.* p.e. artículo 68.1 de la Ley cántabra 8/2010, artículo 109.1 de la Ley catalana 14/2010, artículo 53.3 de la Ley riojana 1/2006, artículo 103.1 de la Ley valenciana 12/2008 y artículo 58.2.1 de la Ley vasca 3/2005. No obstante, singularmente se desvincula de este planteamiento la Ley balear 17/2006, artículo 73, en cuanto que prevé que la asunción de la tutela por la Administración requiere con carácter previo una resolución judicial de privación de la patria potestad o, en su caso, de remoción de la tutela ordinaria.

español, donde la patria potestad y la tutela están reguladas, en principio, en relación de subsidiariedad e incompatibilidad⁹⁶.

En cualquier caso, esta suspensión afecta tanto al contenido personal como al contenido patrimonial de las referidas instituciones, a diferencia de la guarda administrativa que solo conlleva la asunción temporal por la Administración de la guarda del menor (art. 172.1 Cc)⁹⁷.

En efecto, de acuerdo con el artículo 172.3 Cc, la Administración que asume la tutela *ex lege* asume la guarda de los menores declarados en situación de desamparo. Ello implica en atención a lo dispuesto en el artículo 269 Cc los deberes de velar por el menor tutelado, alimentarlo, educarlo, procurarle una formación integral y, adicionalmente, cuando se trate de un menor incapacitado, el deber de promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su mejor inserción en la sociedad. No obstante lo anterior, por aplicación del artículo 160 Cc, los menores tendrán derecho a relacionarse con su familia, en especial, con sus padres y abuelos, siempre que su interés así lo aconseje⁹⁸.

Asimismo, incumbe a la entidad pública la administración de los bienes de los menores a su cargo⁹⁹, con la consiguiente obligación de inventariarlos al inicio de la tutela¹⁰⁰, no así la de prestar fianza, ya que de esta obligación le exonera el artículo 260.2 Cc. Por añadidura, necesitará autorización judicial para llevar a cabo los actos a que se refiere el artículo 271 Cc y deberá rendir cuenta general de su gestión al cesar en el desempeño de su cargo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 279 Cc. Con todo, el artículo 172.1.3 Cc reconoce la validez de los actos patrimoniales que, pese a la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria, realicen los progenitores o el tutor ordinario en representación del menor, siempre sean beneficiosos para este.

⁹⁶ Como advierte atinadamente I. SERRANO GARCÍA, «Comentario al artículo 172 Cc», cit., p. 578. Interesa advertir, no obstante, que la Ley balear 17/2006 (art. 73) contempla de modo acertado la extinción de la patria potestad o tutela ordinaria como efecto de la tutela automática.

⁹⁷ *Vid.* en el mismo sentido J. I. IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, cit., p. 330. Discrepa, sin embargo, de esta opinión Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, Ed. Civitas, 1989, pp. 94-95, para defender el contenido exclusivamente personal de la tutela automática.

⁹⁸ Sorprende a este respecto que algunas normas autonómicas de protección de menores, como la Ley balear 17/2006 (art. 80.4) o la Ley catalana 14/2010 (art. 116), faculden a la Administración a fijar el régimen de visitas de los menores sujetos a su tutela, en cuanto ello conlleva una importante limitación de la intervención judicial en este ámbito, no deseable.

⁹⁹ Tal y como se prevé expresamente en el artículo 163 CDFR, artículo 61.3 Ley aragonesa 12/2001, artículo 65.3 Ley navarra 15/2005 y artículo 103.2 Ley valenciana 12/2008.

¹⁰⁰ Como indican explícitamente el artículo 163 CDFR o el artículo 34.4 Dc. andaluz 42/2002.

E igualmente, por aplicación del artículo 267 Cc, corresponderá a la Administración la representación legal del menor, salvo para aquellos actos que este pueda realizar por sí mismo¹⁰¹.

En todo caso, la Administración será responsable civilmente de los daños que pueda sufrir el menor por el mal ejercicio de la tutela. Según precisa el artículo 174.3 Cc, dicha responsabilidad no cesa por la vigilancia del Ministerio Fiscal; ni tampoco, en mi opinión, en caso de acogimiento familiar.

Diferente de esta responsabilidad de la Administración derivada de su propia función de tutora es la responsabilidad civil por los daños causados por el menor, cuestión esta que dista de ser pacífica entre la doctrina, habida cuenta de los términos en que se expresa el artículo 1903.3 Cc¹⁰². Personalmente creo que puede defenderse la responsabilidad última de la Administración en su condición de titular de la tutela del menor, ello sin perjuicio de que ulteriormente pueda repetir contra la familia o el director del centro donde haya sido acogido el menor, si el hecho dañoso obedece a la culpa o negligencia de aquellos.

6.1.2 MODO DE EJERCICIO: EL ACOGIMIENTO

A) *Concepto*

Con base en lo dispuesto en el artículo 172.3 Cc, el acogimiento puede definirse como el modo de ejercitar la guarda de los menores asumida por la Administración a petición de los titulares de la misma o por resolución judicial (cuando el menor se encuentre en situación de guarda administrativa) o en concepto de tutora *ex lege* de los menores (cuando el menor se encuentre bajo la tutela automática de la Administración). Como se ha indicado, tal ejercicio se llevará a cabo bien por una persona o familia acogedora (acogimiento familiar), bien por el director del centro donde se encuentre internado el menor (acogimiento residencial).

Dicha institución no debe confundirse con los desplazamientos temporales de menores extranjeros, contemplados en la legislación de extranjería (arts. 187 y 188 ROEX aprobado por Real Decreto 557/2011). En dicha modalidad de protección los progenitores, tutores o guardadores, que permanecen en su país de origen, conservan la guarda del menor, limitándose las personas o familias receptoras a

¹⁰¹ Atribuye expresamente la representación legal del menor a la Administración tutora el artículo 65.3 Ley navarra 15/2005.

¹⁰² Esta polémica doctrinal puede consultarse en Benito SORIANO IBÁÑEZ, «El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas», en *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, cit., p. 269.

tener al menor en su compañía durante un determinado periodo temporal, que varía en función de los fines perseguidos que no pueden ser otros que escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones. En ningún caso los menores así acogidos podrán ser adoptados por las personas o familias de acogida, quienes deben comprometerse a favorecer el regreso de aquellos a su país de origen.

B) Modalidades

En el Código civil, así como en la legislación autonómica de protección de menores se distinguen dos modalidades de acogimiento, el residencial y el familiar. Los criterios a tener en cuenta por la Administración a la hora de determinar cuál es la modalidad pertinente en cada caso concreto son la prioridad del interés del menor y el principio de integración familiar.

En el primer criterio parecen inspirarse las previsiones normativas relativas a la adecuación de las medidas de protección a las circunstancias del menor (art. 172.4 Cc)¹⁰³, la posibilidad de modificar la modalidad de acogimiento en función de la evolución del menor (art. 172.5 Cc)¹⁰⁴ y el carácter reservado de las actuaciones en materia de protección de menores¹⁰⁵.

Son manifestaciones del principio de integración familiar el procurar la reinserción del menor en su familia de origen (art. 172.4 Cc)¹⁰⁶, el carácter preferente del acogimiento familiar¹⁰⁷ y el procurar mantener unidos a los hermanos (art. 172.4 Cc)¹⁰⁸.

¹⁰³ Vid. en el mismo sentido, entre otros, el artículo 162.1 Código del Derecho Foral de Aragón, el artículo 57.i Ley balear 17/2006, el artículo 38.a Ley gallega, 3/2011, el artículo 3.k Ley navarra 15/2005 y el artículo 86 Ley riojana 1/2006.

¹⁰⁴ Previsión que contienen, entre otros, el artículo 162.3 Código del Derecho Foral de Aragón, el artículo 84 Ley balear 17/2006, el artículo 122 Ley catalana 14/2010 y el artículo 72 Ley navarra 15/2005.

¹⁰⁵ Vid. p.e. artículo 162.4 Código del Derecho Foral de Aragón, artículo 26.2 Ley andaluza 1/1998, artículo 57.j Ley balear 17/2006, artículo 38.i Ley gallega 3/2011, artículo 39.J. Ley navarra 15/2005, artículos 11.2 y 78.3 Ley riojana 1/2006 y artículo 84.1.i Ley valenciana 12/2008 y artículo 61.2 Ley vasca 3/2005.

¹⁰⁶ Vid. en el mismo sentido artículo 122.1 Código del Derecho Foral de Aragón, artículo 37.3 Ley cántabra 8/2010, artículo 76 Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 42.3 Ley castellano-manchega 3/1999, artículo 109.1 Ley catalana 14/2010, artículo 3.b Ley extremeña 4/1994, artículo 56 Ley riojana 1/2006, artículo 12.2 Ley murciana 3/1995, artículos 3.c y 57 Ley navarra 15/2005, artículo 61.2 Ley vasca 3/2005, artículo 35.2 Dc andaluz 42/2002 y artículo 4.5 Dc. aragonés 190/2008.

¹⁰⁷ Vid. en el mismo sentido, entre otros, el artículo 162.2 Código del Derecho Foral de Aragón, el artículo 27.a Ley andaluza 1/1998, el artículo 87.1 Ley balear 17/2006, el artículo 120.2 Ley catalana 14/2010, el artículo 27.b Ley gallega 3/2011, el artículo 69.b Ley navarra 15/2005, el artículo 63.3 Ley riojana 1/2006, el artículo 115.2 Ley valenciana 12/2008 y artículo 80 Ley vasca 3/2005.

¹⁰⁸ Vid. en el mismo sentido, entre otros, el artículo 162.1 Código del Derecho Foral de Aragón, el artículo 27.b Ley andaluza 1/1998 los artículos 58.g y 80.1 Ley balear 17/2006, el artículo 129.4 Ley catalana 14/2010, el artículo 68.d Ley navarra 15/2005 y el artículo 62.3 Ley riojana 1/2006.

a) El acogimiento familiar

El acogimiento familiar constituye un instrumento de protección que proporciona al menor un núcleo de convivencia familiar, en sustitución o como complemento del propio, bien sea de forma temporal para su reinserción en su familia de origen o para su adaptación a la familia que lo vaya a adoptar, bien sea de forma permanente cuando la edad u otras circunstancias del menor y de su familia así lo requieran¹⁰⁹.

Su ejercicio corresponde a la persona o personas que designe la Administración para sustituir al núcleo familiar del menor (art. 173.1.2 Cc) en atención a diversos criterios que permitan determinar su idoneidad, tales como la diferencia de edad con el menor, estado de salud, recursos económicos, situación familiar, motivación, aptitud educadora o, en general, la capacidad para atender a las necesidades del menor¹¹⁰.

Produce como principal efecto el desarrollo del ejercicio de la guarda del menor por la persona o familia acogedora con las obligaciones que conlleva (en particular, las de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral)¹¹¹, bajo la supervisión de la Administración titular de aquella (art. 173.1.1 Cc)¹¹².

En atención a su finalidad, el acogimiento familiar puede adoptar tres formas distintas (art. 173 bis Cc):

a') *Acogimiento familiar simple*: Tiene carácter transitorio. Procede cuando sea previsible la reinserción del menor en su propia familia o mientras se adopta una medida de protección más estable.

¹⁰⁹ Según resulta de la lectura de la normativa autonómica de protección de menores. *Vid.*, en particular, artículo 70 Ley aragonesa 12/2001, artículo 43.1 Ley asturiana 1/1995 12/2001, artículo 65.2 Ley canaria 1/1997, artículo 70 Ley gallega 3/2011 y artículo 38.1 Dc. navarro 7/2009.

¹¹⁰ *Vid.* p.e. artículo 46 Ley asturiana 1/1995, artículo 82.2 Ley balear 17/2006, artículo 61.1 Ley canaria 1/1997, artículo 75.6 Ley cántabra 8/2010, artículo 129.3 Ley catalana 14/2010, artículo 47.2 Ley castellano-manchega 3/1999, artículo 58 Ley madrileña 9/2005, artículo 42 Ley navarra 7/2009 y artículo 73.1 Ley vasca 3/2005.

Adicionalmente, el artículo 41.2.b, c y d Ley navarra 7/2009 introduce unos criterios de índole negativo como son: 1. no haber sido privado de la patria potestad de ningún menor o estar incurso en causa de privación de la misma; 2. no haber sido condenado por sentencia penal firme por delito de homicidio, delito de lesiones o delito contra la libertad, integridad moral o los derechos o deberes familiares, de los que haya sido víctima el menor o su familia; y 3. no encontrarse afectado por investigación o por medida de actuación para la protección de menores a su cargo por razón de riesgo o desamparo.

¹¹¹ Adviértase a este respecto que el artículo 173.1.1 Cc define el acogimiento familiar con la misma fórmula legal que describe el contenido personal de la patria potestad en el artículo 154 Cc.

¹¹² Según especifican el artículo 125.2 Ley catalana 14/2010, artículo 16.1 Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia y artículo 68.2 Ley 3/2001 de apoyo a la familia y a la convivencia en Galicia, artículo 74.2 Ley riojana 1/2006, artículo 74 Ley vasca 3/2005 y artículo 44.d Dc. navarro 7/2009.

b') *Acogimiento familiar permanente*: Se constituye con una duración indefinida en aquellos casos en que la edad u otras circunstancias del menor y de su familia aconsejen proporcionarle una mayor estabilidad y no sea factible un acogimiento preadoptivo. Conlleva una mayor autonomía de la persona o personas acogedoras respecto de las funciones derivadas de la guarda del acogido, mediante la atribución de aquellas facultades, patrimoniales y personales, de la tutela que faciliten el desempeño de aquellas.

Según prevén algunas normas autonómicas, el acogimiento familiar simple o permanente puede constituirse en familia extensa o en familia ajena. Con carácter preferente, el *acogimiento* se constituye *en familia extensa* cuando los solicitantes del mismo sean bien parientes del menor, bien personas especialmente vinculadas con éste, siempre que resulten idóneos. Subsidiariamente, el *acogimiento en familia ajena* se formaliza con personas sin vinculación familiar o afectiva con el menor, en defecto de parientes o allegados o por falta de idoneidad de éstos¹¹³.

c') *Acogimiento familiar preadoptivo*: Constituye un paso previo a la adopción, que persigue el fin de facilitar el conocimiento y la adaptación mutua entre el menor y su futura familia adoptiva. En concreto, la Administración puede acordarlo cuando eleve a la autoridad judicial la propuesta de adopción del menor y mientras no se dicte resolución judicial o, con anterioridad a la presentación de dicha propuesta, cuando considere necesario establecer un periodo de adaptación. En ningún caso podrá exceder del plazo de un año.

b) El acogimiento residencial

El acogimiento residencial consiste en ingresar al menor en un centro de protección adecuado a sus características para que reciba la atención y educación necesarias¹¹⁴. Es un instrumento de protección a adoptar subsidiariamente cuando el acogimiento familiar en cualquiera de sus modalidades resulten imposible o inadecuado y hasta que se arbitre otra medida protectora. Por ello, la Administración debe procurar que el menor permanezca internado durante el tiempo lo más breve posible¹¹⁵. Por añadidura, tal medida podrá

¹¹³ En concreto, artículo 61.2 Ley canaria 1/1997, artículo 127 Ley catalana 14/2010, artículo 84.2 Ley riojana 1/2006, artículo 116.2 Ley valenciana 12/2008 y artículo 41.d Dc. navarro 7/2009.

¹¹⁴ De acuerdo con la definición de esta medida de protección que ofrecen, entre otros, el artículo 95.1 Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 49 Ley castellano-manchega 3/1999, artículo 132.2 Ley catalana 14/2010, artículo 71.1 Ley gallega 3/2011 y artículo 87.1 Ley riojana 1/2006.

¹¹⁵ *Vid.* en este sentido el artículo 36.2 Ley andaluza 1/1998, artículo 66.2 Ley aragonesa 12/2001, artículo 87.1 Ley balear 17/2006, artículo 77.4 Ley cántabra 8/2010, artículo 96.1 y 2 Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 52 Ley castellano-manchega 3/1999,

ser cumplimentada con la estancia con familias colaboradoras durante los fines de semana y periodos vacacionales¹¹⁶.

En esta categoría de acogimiento, y como ya se ha indicado, el ejercicio delegado de la guarda del menor corresponde al director del centro donde sea acogido el menor (art. 172.3 Cc).

Una modalidad de acogimiento residencial es el *acogimiento residencial especial* que tiene por objeto menores en circunstancias especiales, ya sean discapacitados físicos o psíquicos o consumidores de droga. Estos acogimientos se llevan a cabo en centros especializados, con la necesaria autorización judicial en su caso¹¹⁷.

C) Constitución

El artículo 173 Cc regula posibles vías de constitución del acogimiento, una principal que se formaliza a nivel administrativo y otra judicial, de carácter subsidiario.

a) El acogimiento administrativo

El acogimiento administrativo o constituido por la entidad pública procede en los siguientes casos:

1. Cuando los padres –los titulares de la autoridad familiar en Aragón– o el tutor ordinario hayan prestado su consentimiento a dicha medida de protección;
2. Cuando los padres –los titulares de la autoridad familiar en Aragón– sean desconocidos;
3. Cuando los padres hayan sido privados de la patria potestad –en Aragón cuando los titulares de la autoridad familiar hayan sido privados de ella–.

Debe formalizarse por escrito con el consentimiento de la propia entidad pública, de las personas acogedoras, del acogido mayor de doce años, y de los padres no privados de la patria potestad –de los titulares de la autoridad familiar, en Aragón– o, en su caso, del tutor ordinario, siempre que sean conocidos (art. 172.2 Cc).

artículo 132.1 Ley catalana 14/2010, artículo 21 Ley 2/2006 de Derecho civil de Galicia y artículo 71.2 Ley gallega 3/2011, artículo 87.3 Ley riojana 1/2006 y artículo 76.1 Ley vasca 3/2005.

No obstante, en la práctica es la modalidad de acogimiento por la que se opta en un primer momento, pudiendo llegar a convertirse en definitivo cuando el menor no sea susceptible de adopción o cuando no sea factible un acogimiento no preadoptivo, según hace constar L. MURILLO JASO, «El desamparo de menores y el acogimiento...», cit., p. 281.

¹¹⁶ Según establecen algunas normas autonómicas, tales como el artículo 36.4 Ley andaluza 1/1998, artículo 66.4 Ley aragonesa 12/2001 y artículo 132.7 Ley catalana 14/2010.

¹¹⁷ Artículo 38 y 39 Ley andaluza 1/1998, artículo 69 Ley aragonesa 12/2001, artículo 87.5 Ley balear 17/2006, artículo 96.5 Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 53.b ley castellano-manchega 3/1999 y artículo 91 Ley riojana 1/2006.

La falta de consentimiento del acogido mayor de doce años o de los acogedores excluye la constitución del acogimiento administrativo e impide, asimismo, el acogimiento judicial. Sin embargo, la no comparecencia u oposición al acogimiento de los padres no privados de la patria potestad –en Aragón los titulares de la autoridad familiar no privados de ella– o, en su caso, del tutor ordinario excluye el acogimiento administrativo, pero deja abierta a la Administración la posibilidad de promover un acogimiento judicial (art. 172.3 Cc).

b) El acogimiento judicial

El acogimiento judicial o constituido por resolución judicial es subsidiario del acogimiento administrativo, en el sentido que solo procede cuando los padres o el tutor ordinario no hayan comparecido a la constitución de aquel o se hayan opuesto al mismo (art. 172.3.1 Cc)¹¹⁸.

La constitución del acogimiento por decisión judicial puede ser promovida por la propia Administración o por el Ministerio Fiscal mediante la presentación de correspondiente demanda (art. 1828.1 LEC de 1881).

Requiere, al igual que el acogimiento administrativo, el consentimiento de los acogedores y del acogido mayor de doce años y de la Administración, siempre que no haya sido la promotora del expediente, no así de los padres o tutor ordinario, quienes, no obstante, tienen derecho de audiencia (art. 1828.2 LEC de 1881). Obviamente, la principal duda que se plantea a este respecto es la relativa a la posibilidad de constituir el acogimiento judicial en caso de que el menor se oponga al mismo. Aunque la cuestión es complicada, personalmente creo que difícilmente el Juez podrá acordar un acogimiento en este caso, habida cuenta de la difícil –por no decir imposible– integración en la familia acogedora de un menor de esta edad contra su voluntad¹¹⁹.

El procedimiento judicial se sustancia por los trámites de la jurisdicción voluntaria¹²⁰ y finaliza con un auto, acordando o denegando la constitución del acogimiento, que habrá de ser consecuencia de un examen a fondo de la propuesta y de su con-

¹¹⁸ B. SORIANO IBÁÑEZ, «El desamparo de menores y el acogimiento...», cit., p. 265, habla a este respecto de «función sustitutoria» del Juez, en cuanto «rellena con su actuación el vacío provocado por los padres no privados de la patria potestad o el tutor del menor».

¹¹⁹ *Vid.* en el mismo sentido B. SORIANO IBÁÑEZ, «El desamparo de menores y el acogimiento...», cit., p. 265.

¹²⁰ Opción del legislador que L. MURILLO JASO, «El desamparo de menores y el acogimiento...», cit., p. 284, califica de adecuada, toda vez que impide que el procedimiento se paralice, convirtiéndose en contencioso por la oposición de los padres o del tutor.

veniencia para el menor¹²¹. A tal efecto, el artículo 1826.1 LEC de 1881 faculta al Juez ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que el acogimiento resultará beneficioso para el menor. Contra dicho auto cabe recurso de apelación (art. 1826.3 y art. 1828.6 LEC de 1881).

En todo caso, mientras se tramita el expediente judicial la entidad pública podrá acordar un acogimiento familiar provisional en interés del menor (art. 172.3.2 Cc)¹²².

D) *Cese*

En atención a lo dispuesto en el artículo 173.3 Cc, el acogimiento es susceptible de cese judicial o extrajudicial.

El cese en virtud de resolución judicial constituye la única forma de extinción del acogimiento judicial, aunque entiendo que también puede afectar al acogimiento administrativo en caso de la Administración lo haya denegado.

El cese extrajudicial o en virtud de resolución administrativa solo afecta al acogimiento administrativo. En particular, tiene lugar en los supuestos que se enuncian a continuación:

a) Cuando la persona o personas que tienen acogido al menor así lo decidan, siempre que lo comuniquen a la entidad pública. Se permite, por tanto, la renuncia al acogimiento, sin necesidad de que medie causa justificada.

b) A petición de los progenitores o tutor que reclamen la compañía del menor, siempre que haya cesado la situación constitutiva de desamparo.

c) Cuando la entidad pública que tenga la tutela del menor lo estime necesario para salvaguardar el interés del mismo, lo que sucederá en aquellos casos en que los acogedores devengan sobrevenidamente inidóneos para cumplir las funciones inherentes al acogimiento.

6.1.3 LA VIGILANCIA DEL MINISTERIO FISCAL

En atención a lo dispuesto en el artículo 174 Cc, la tutela automática y el acogimiento están sometidos a la vigilancia del Ministerio Fiscal. De este modo, el legislador atribuye en exclusiva al Ministe-

¹²¹ Comparto en este punto la opinión de B. SORIANO IBÁÑEZ, «El desamparo de menores y el acogimiento...», cit., p. 265. Discrepo, sin embargo, de L. MURILLO JASO, *idem*, p. 283.

¹²² Como advierte L. MURILLO JASO, «El desamparo de menores y el acogimiento...», cit., p. 284, esta modalidad de acogimiento carece de regulación en el Código civil, por lo que su contenido, en principio habrá de ser el del artículo 173.2 Cc, si bien *modalizado* en función de su provisionalidad y su pendencia respecto de la decisión judicial.

rio público la función de vigilancia de esta modalidad de tutela, prescindiéndose, sin embargo, de la presencia garante de la autoridad judicial, a diferencia de lo que sucede con la tutela ordinaria¹²³.

Esta función de control del Ministerio Fiscal se extiende a toda actuación pública en materia de protección de menores. A tal efecto, el artículo 174.2.1 Cc impone a la Administración las obligaciones siguientes: 1. de darle noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores; 2. de remitirle copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, modificación o cese de las tutelas y acogimientos; y 3. de comunicarle cualquier novedad de interés en la circunstancias del menor.

Por su parte, el Ministerio Fiscal tiene la obligación de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor; así como la de promover ante el Juez las medidas de protección que estime convenientes (art. 174.2.2 Cc).

6.2 Medidas de protección alternativas

La tutela automática de la Administración se configura legalmente como una medida de protección temporal¹²⁴ que, en principio, dará paso a otras situaciones más estables como son la reinserción familiar del menor, la tutela ordinaria y la adopción.

Como opción preferencial del legislador se contempla la reintegración del menor a los titulares de la patria potestad (autoridad familiar en Aragón) o de la tutela ordinaria, siempre que hayan desaparecido las causas que dieron lugar a la declaración de desamparo y dicha reinserción resulte acorde con el interés del menor, prioritario en todo caso¹²⁵.

¹²³ La ausencia de control judicial en esta modalidad de tutela ha suscitado fuertes críticas entre la doctrina. *Vid.* p.e. J. M. RUIZ RICO RUIZ, «La tutela *ex lege*...», cit., p. 60; I. SERRANO GARCÍA, «Comentario al artículo 172 Cc», cit., p. 583; y B. SORIANO IBÁÑEZ, «El desamparo de menores y el acogimiento...», cit., p. 255.

¹²⁴ Tal y como resulta de la lectura, entre otros, del artículo 73.2 Ley balear 17/2006, artículo 109.1 Ley catalana 14/2010, artículo 56 Ley 1/2006 de La Rioja, artículos 84.3 y 105.1.a Ley valenciana 12/2008 y artículo 35.1 Dc. andaluz 42/2002.

¹²⁵ Así resulta tanto del artículo 172.4 Cc como de la normativa autonómica (p.e. art. 122.1 CDFa, artículo 37.3 Ley cántabra 8/2010, artículo 76 Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 42.3 Ley castellano-manchega 3/1999, artículo 109.1 Ley catalana 14/2010, artículo 3.b Ley extremeña 4/1994, artículo 56 Ley riojana 1/2006, artículo 12.2 Ley murciana 3/1995, artículos 3.c y 57 Ley navarra 15/2005, artículo 61.2 Ley vasca 3/2005, artículo 35.2 Dc andaluz 42/2002 y artículo 4.5 Dc. aragonés 190/2008).

No obstante, como pone de relieve la STS de 31 de julio de 2009, la reinserción familiar del menor «no es reconocida como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor».

En segundo lugar, mientras no sea posible la reinserción del menor en su propia familia, se prevé la promoción de la tutela ordinaria, siempre que existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela (art. 229 y 239.2 Cc) y así lo aconseje el interés del menor¹²⁶. Respecto de los MENAs tal medida se encuentra contemplada específicamente en la LOEX tras la reforma de que ha sido objeto por la Ley Orgánica 2/2009. En concreto, su artículo 35.11 prevé la promoción de la tutela ordinaria a favor de entidades privadas dedicadas a la protección de menores, previo convenio entre éstas y la Administración.

En último término, para el caso que el retorno familiar se revele impracticable o inconveniente para el interés del menor y no haya una persona que pueda asumir su tutela ordinaria, se posibilita la constitución de la adopción a favor de la persona o personas que haya declarado idóneas la Administración¹²⁷.

No obstante, cuando ninguna de estas opciones resulte posible o sea conveniente para el interés del menor, la tutela administrativa se prolongará hasta la mayoría de edad o, en caso, emancipación del sujeto afectado¹²⁸. Mientras tanto, como ya se expuesto, la Administración delegará el ejercicio de la guarda —esto es, el contenido personal de la tutela— a favor bien de una persona o familia acogedora (acogimiento familiar), bien del director del centro donde sea acogido el menor (acogimiento residencial).

7. LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES DECLARADOS EN ABANDONO EN DERECHO MARROQUÍ

El Derecho marroquí articula dos instrumentos de protección específicos para los menores abandonados: la *wilaya* judicial y la

¹²⁶ Artículo 122.2 CDFa y artículo 63 Ley aragonesa 12/2001 (condicionada a que no haya titulares de la autoridad familiar), artículo 38 Ley asturiana 1/1995, artículo 732 Ley balear 17/2006, artículo 55 Ley canaria 1/1997, artículos 76.3 y 83 Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 109.1 Ley catalana 14/2010, artículo 11 Ley extremeña 4/1994, artículo 56.1.d Ley madrileña 6/1995, artículo 26 Ley murciana 3/1995, artículo 56.3.2 Ley riojana 1/2006, artículo 104 Ley valenciana 12/2008 y artículo 61.2 Ley vasca 3/2005.

¹²⁷ Artículo 62.1 letra b) Ley aragonesa 12/2001, artículo 22 letra b) Ley asturiana 1/1995, artículo 73.2 Ley balear 17/2006, artículo 70.1.b Ley cántabra 8/2010, artículo 76.3 Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 109.1 Ley catalana 14/2010, artículo 16.d Ley extremeña 4/1994, artículo 56.1 letra g Ley madrileña 6/1995, artículo 17.b Ley murciana 3/1995, artículo 56.4 Ley riojana 1/2006, artículo 122.1.c Ley valenciana 12/2008 y artículo 61.2 Ley vasca 3/2005.

¹²⁸ Según prevén expresamente el artículo 62.1.a Ley aragonesa 12/2001, artículo 22.a Ley asturiana 1/1995, artículo 73.2 Ley balear 17/2006, artículo 70.1.a Ley cántabra 8/2010, artículo 72.b Ley castellano-leonesa 14/2002, artículo 109.1 Ley catalana 14/2010, artículo 17.a Ley murciana 3/1995, artículo 122.1.d Ley valenciana 12/2008 y artículo 62 Ley vasca 3/2005.

kafala. Así, una vez declarado el abandono de un menor la primera medida de protección prevista es la *wilaya* o tutela legal a favor del Juez de Tutelas, institución que presenta un cierto paralelismo con la figura española de la tutela automática de la Administración. Solo en un momento posterior y en el caso de solicitarla alguna de las personas enumeradas en el artículo 9 Ley núm. 15-01 relativa a la *kafala* de los menores abandonados, se constituirá la institución de la *kafala*, asumiendo el *kafil* la guarda y, de modo complementario, la tutela dativa del menor. Ambas medidas están destinadas a sustituir la protección dispensada a los menores por sus progenitores a través de la *hadana* y la *wilaya*, de las cuales habrán sido privados como consecuencia de la declaración de abandono, según parece resultar del artículo 29 Ley núm. 15-01 y del artículo 173 *Mudawana*¹²⁹.

El menor abandonado, sin embargo, no podrá ser dado en adopción, en cuanto que dicha institución –en sus dos variantes, simple y plena– carece de validez en Derecho marroquí, al igual que en la mayor parte de los países islámicos, lo que se justifica en el principio de preservación de los lazos de sangre que inspira estos Ordenamientos Jurídicos, por abierta influencia del Islam¹³⁰. Así, la *Mudawana* en su artículo 149 dispone que «la adopción (*at-tabanni*) es jurídicamente nula y no produce ninguno de los efectos de la filiación parental legítima». En concordancia con este precepto, su artículo 142 prevé que «la filiación parental resulta de la procreación del hijo por sus padres»¹³¹.

Sí contempla, en cambio, el legislador marroquí la reintegración del menor a su familia, una vez que desaparezcan las causas que motivaron la declaración de abandono¹³². No obstante, al igual que sucede en Derecho español, dicha reinscripción no es automática, sino que los padres del menor habrán de solicitar la recuperación de la tutela legal (*wilaya*) a la autoridad judicial, quien decidirá en atención al interés del menor (art. 29 Ley núm. 15-01).

¹²⁹ En concreto, el artículo 29 Ley núm. 15-01 permite la recuperación de la *wilaya* de los padres en caso de que cesen las causas de abandono, de lo que cabe deducir *a sensu contrario* que la declaración de abandono determina el cese de aquélla. Por su parte, el artículo 173 *Mudawana* se refiere al incumplimiento de las funciones inherentes a la *hadana* como causa de pérdida de la misma, aparte de constituir una de las circunstancias constitutivas del abandono. De este modo, habrá que entender que los padres, de ser conocidos y de no haber sido privados de la *wilaya* o la *hadana* antes de la declaración de abandono, perderán su titularidad como consecuencia de la declaración de abandono.

¹³⁰ Sobre este particular *vid.* más ampliamente K. QUALD ALI y T. SAGHIR, «Acercaamiento a la adopción en los países del Magreb», cit., pp. 84-86; y M.^a del Pilar DIAGO DIAGO, «La *kafala* islámica en España», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2. núm. 1, 2010, pp. 142-143.

¹³¹ Traducción del francés nuestra.

¹³² A mi juicio y en discrepancia con M. del P. DIAGO DIAGO, «La *kafala* islámica en España», cit., 156.

7.1 La tutela legal (*wilaya*) del Juez de Tutelas

Como se ha señalado, la declaración de abandono de un menor conlleva como efecto inmediato la atribución de la tutela *ex lege* al Juez de Tutelas. Así resulta del artículo 7.2 Ley núm. 15-2001, cuyo tenor es el siguiente: «el Juez de Tutelas asegura la tutela de los niños abandonados»¹³³. Estamos, por tanto, ante una tutela legal (*wilaya*), cuyo contenido, como precisa el mismo precepto acto seguido, se rige por la *Mudawana*.

Ahora bien, esta remisión a la *Mudawana* por parte de la legislación de menores abandonados no resulta muy clarificadora a la hora de delimitar el contenido de esta modalidad de tutela legal, ya que dicho cuerpo legal renuncia a dotarla de una regulación específica para centrar su atención en la tutela legal (*wilaya*) paterna y materna, al tratarse de los supuestos más habituales (arts. 236 a 243 *Mudawana*)¹³⁴. Así las cosas, solo las disposiciones generales en materia de representación legal contenidas en la *Mudawana* (arts. 229 a 235), con las debidas adaptaciones, nos permiten una aproximación a la figura de la tutela legal (o *wilaya*) del Juez.

En concreto, de lo dispuesto en los artículos 230 y 231 *Mudawana* resulta que el Juez de Tutelas, en su condición de tutor legal de los menores abandonados, ostenta su representación legal¹³⁵ y, por ende, tiene poder de decisión tanto sobre su persona como sus bienes hasta que alcancen la mayoría de edad (art. 233 *Mudawana*)¹³⁶.

En lo que atañe a la esfera personal del menor, según dispone el artículo 235.1 *Mudawana* en términos de gran amplitud, el Juez habrá de velar sobre los asuntos personales del menor, asegurándole una orientación religiosa y una formación, y preparándole para la vida. No le corresponderá, sin embargo, la guarda o cuidado personal del menor, dada la disociación existente en Derecho marroquí entre la *wilaya* y la *hadana*¹³⁷, de tal manera que esta última

¹³³ Traducción del francés nuestra.

¹³⁴ Advierten de esta insuficiencia de regulación, asimismo, M.-C. FOLETS y J.-Y. CARLIER, *Le Code Marocain de la famille...*, cit., p. 107.

¹³⁵ Los artículos 230 y 231 Código de la Familia atribuyen la representación legal de los menores por el siguiente orden a: 1. el tutor legal (ya sea el padre, la madre o el Juez); 2. el tutor testamentario designado por el padre o la madre; y 3. el tutor dativo designado por el Juez.

¹³⁶ El artículo 233 Código de la Familia dispone que: «El representante legal ejerce su tutela sobre la persona y los bienes del menor, hasta que alcance la edad de la mayoría legal» (traducción del francés nuestra).

¹³⁷ Según se ha advertido *supra* en nota 52, el Derecho marroquí no conoce una institución similar a la patria potestad ni a la tutela ordinaria del Derecho español, sino que su contenido se desdobra en dos instituciones distintas como son la *wilaya* y la *hadana*. De este modo, como advierten M. D. CERVILLA GARZÓN y I. ZURITA MARTÍN, *El Derecho de familia marroquí...*, cit., p. 153, la persona a cargo de la *hadana* (*hadana*) no ejerce la guarda jurídica del menor ni puede actuar en su nombre, funciones éstas que corresponden

habrá de atribuirse, de ser posible, a la abuela materna o, en su defecto, al pariente más próximo que se encuentre más capacitado para asumirla, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 171 Código de la Familia.

Por lo que se refiere a la esfera patrimonial del menor, el Juez, como tutor legal, ha de ocuparse de la gestión ordinaria de los bienes del menor (art. 235.1 Código de la Familia). No son de aplicación, sin embargo, a esta modalidad de tutela las previsiones de la *Mudawana* (art. 235.2 y 3, que desarrollan los artículos 265 a 276) acerca de la sujeción del representante legal a control judicial, habida cuenta de que en este caso es el mismo Juez a quien se atribuye dicho control –esto es, el Juez de Tutelas– el que ejerce la tutela¹³⁸.

En cualquier caso, en los términos en que se expresa la Ley núm. 15-2001, esta medida de protección parece configurarse, al igual que la tutela automática de la Administración en Derecho español, como una medida provisional o temporal que solo perdurará mientras el menor no sea acogido en *kafala*.

7.2 La *kafala*

A) *Noción legal*

Según se desprende de la lectura de la Ley núm. 15-01, el legislador marroquí parece contemplar la *kafala* como el mecanismo de protección prioritario para los menores declarados en abandono. Dicha institución, profundamente arraigada en el Derecho islámico y que ha merecido reconocimiento por parte del Derecho internacional¹³⁹, puede definirse, con base en lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley precitada, como el compromiso de asumir la protección,

exclusivamente al titular de la *wilaya*, que normalmente será una persona distinta a la *hadina*.

¹³⁸ Vid. en el mismo sentido M. D. CERVILLA GARZÓN y I. ZURITA MARTÍN, *El Derecho de familia marroquí...*, cit., pp. 180-181.

¹³⁹ Interesa, en especial, el artículo 20 Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificado por Marruecos, cuyo tenor es el siguiente: «1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar; o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del estado. 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la *kafala del Derecho islámico*, la adopción o, de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico» (la cursiva es nuestra).

la educación y el cuidado de un menor como un verdadero hijo, pero sin que atribuya derecho a la filiación ni a la sucesión.

De esta definición resultan, por tanto, las siguientes notas caracterizadoras de la *kafala*:

1. Es un instrumento de protección de menores de contenido meramente personal. Esto es, se configura como un deber de crianza y educación equiparable al que corresponde a los progenitores, pero sin que comprenda la representación legal del menor ni la administración de sus bienes, lo que le aproxima a la figura de la *hadana*.

2. No genera vínculo de filiación alguno entre el *kafil* (titular de la *kafala*) y el *makful* (menor sujeto a la *kafala*) ni, por consiguiente, derechos sucesorios entre ambos ni frente a sus respectivas familias. Ello es así, porque, de lo contrario se estarían atribuyendo a la *kafala* los efectos propios de la adopción, institución que, como hemos dicho, no se admite en Derecho marroquí ni en la mayor parte de los Derechos islámicos¹⁴⁰.

Con todo, esta noción legal se revela un tanto incompleta, lo que hace necesario acudir a otros preceptos de la Ley núm. 15-01, en particular, a sus artículos 22 y 24, al objeto delimitar con mayor precisión los efectos propios de la institución, cuestión esta que abordamos en el siguiente epígrafe.

B) *Contenido*

La *kafala* es una institución singular del Derecho islámico que no resulta asimilable a ninguno de los mecanismos de protección de menores que contempla la legislación española¹⁴¹. Por ello, su contenido solo puede explicarse en el marco del Derecho de familia marroquí y, más exactamente, en conexión con los diferentes instrumentos de protección de menores que contempla éste.

En concreto, el contenido exclusivamente personal de la *kafala* la convierte en una institución equivalente a la *hadana*, en la que la función de guarda y custodia del menor es asumida, voluntariam-

¹⁴⁰ Aspecto este en que ha centrado su atención buena parte de la doctrina. *Vid.* p.e. K. QUALD ALI y T. SAGHIR, «Acercamiento a la adopción en los países del Magreb», cit., p. 87; M.^a del P. DIAGO DIAGO, «La *kafala* islámica en España», cit., p. 144; y Marie-Christine LE BOURSICOT, «La *Kafala* ou recueil légal desde mineurs en droit musulman: une adoption sans filiation», *Droit et cultures*, núm. 59, 2010-1, pp.2-3 (consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://droitcultures.revues.org/2138>).

¹⁴¹ Como advierte certeramente M.^a del P. DIAGO DIAGO, «La *kafala* islámica en España», cit., p. 142, la *kafala* debe ser entendida en el contexto del Derecho islámico que, difícilmente, puede comprenderse desde las estructuras de los esquemas occidentales. *Vid.* en el mismo sentido M.-C. LE BOURSICOT, «La *Kafala* ou recueil légal desde mineurs en droit musulman...», cit., pp. 6-9.

te y en defecto de progenitores que puedan ejercerla, por otra persona, ya sea física (un matrimonio o una mujer no casada) o jurídica (un establecimiento público o privado competente en materia de protección de menores). Resulta significativo a este respecto que el artículo 22.1 Ley núm. 15-01 atribuya al *kafil* las obligaciones relativas a la manutención, guarda y protección, y educación del *makful*, conforme a las disposiciones de la *Mudawana* relativas a la guarda y educación de los menores, que, no son otras que las relativas a la *hadana*. De esta remisión y, en particular, por aplicación de los artículos 163 y 177 *Mudawana* resulta que el *kafil* debe adoptar todas las disposiciones necesarias para preservar y garantizar la seguridad física y psicológica del *makful*, así como velar por sus intereses, lo que incluye el deber de comunicar al Ministerio Fiscal los posibles perjuicios a los que esté expuesto el menor a fin de que adopte las medidas oportunas. Igualmente, entre las funciones del *kafil* se encuentra la de velar por la educación y la orientación escolar y religiosa del *makful*, en atención a lo dispuesto en los artículos 169 y 173 del mismo cuerpo legal. Y asimismo, el deber de prestarle alimentos, que incluye, de acuerdo con el artículo 189 *Mudawana*, los gastos de alimentación, vestido, asistencia médica y educación.

Con todo, la constitución de la *kafala* y correspondiente asunción de la guarda por el *kafil* no privará a los progenitores del menor de su derecho a relacionarse con él. A tal respecto, el artículo 28 Ley núm. 15-01, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 180 *Mudawana*¹⁴², prevé que el Juez de Tutelas podrá reconocer un derecho de visita a los padres del menor, siempre que así lo aconseje el interés del mismo. Adviértase que idéntico derecho de visitas tiene en Derecho español los padres respecto a los hijos bajo tutela administrativa, supeditado igualmente al interés de éstos (art. 160 Cc).

No corresponde, sin embargo, al *kafil*, por el hecho de serlo, la representación legal del menor ni la gestión de sus bienes, lo que explica que en la misma resolución de constitución de la *kafala* se le designe tutor dativo, de acuerdo con el artículo 17.1 Ley núm. 15-2001¹⁴³. De este modo, el *kafil* en su condición de tal tiene atribuidas las funciones de cuidado y educación del menor (art. 22 Ley núm. 15-01) y, de modo complementario, como tutor dativo tiene encomendadas las funciones de representación legal y admi-

¹⁴² El artículo 180 *Mudawana* prevé que «el padre o la madre que no tenga la guarda del menor tiene el derecho de visitarlo y recibirlo» (traducción del francés nuestra).

¹⁴³ El tenor del artículo 17.2 Ley núm. 15-01 no parece permitir otra interpretación posible: «La ordenanza designa a la persona encargada de la *kafala* como tutor dativo del menor bajo su cuidado». Por ello, no creo que pueda sostenerse, como hace M. del Pilar DIAGO, «La *kafala* islámica en España», cit., p. 157, que quepa designar como tutor dativo a otra persona distinta del *kafil*.

nistración del patrimonio del *makful* (arts. 230.3, 233 y 235 *Mudawana*). Ello tiene su razón de ser, en mi opinión, en la separación existente en Derecho marroquí entre la guarda de los menores y la representación legal o poder de decisión sobre todos sus asuntos personales y patrimoniales, a diferencia de lo que sucede en Derecho español donde dichas funciones se encuentran englobadas bajo una única institución de protección, ya sea la patria potestad o, subsidiariamente, la tutela. De este modo, la asistencia estrictamente personal o guarda del menor se dispensa en circunstancias normales a través de la *hadana* y para los menores abandonados mediante la *kafala*. En cambio, la salvaguarda del menor en el ámbito representativo y patrimonial se articula a través de la tutela, que en el caso de menores no declarados en abandono corresponderá al padre o, subsidiariamente, a la madre (tutela legal) y, en su defecto, a quienes estos hayan designado en testamento (tutela testamentaria) o haya nombrado el juez (tutela dativa); y, tratándose de menores abandonados, al Juez de Tutelas (tutela legal) o, de haberse constituido la *kafala*, al *kafil* (tutela dativa), con la consiguiente extinción de la *wilaya*.

Como es lógico, en el ejercicio de la tutela dativa el *kafil* estará sujeto al cumplimiento de las obligaciones a que se refieren los artículos 249 a 256 *Mudawana*, dirigidas a garantizar el buen funcionamiento de la tutela y, por lo demás, muy similares a las impuestas por nuestro Cc a los tutores. Así, con arreglo a dichos preceptos, el *kafil* deberá proceder de inmediato tras la constitución de la tutela a hacer un inventario de los bienes del *makful*, al que deberá acompañar de una propuesta sobre la gestión de los bienes del *makful*, sobre el montante de su pensión alimenticia y sobre las medidas urgentes a adoptar, en su caso, para preservar su patrimonio (art. 249)¹⁴⁴. En segundo término, habrá de inscribir en el registro de actos mensuales y diarios todos los actos que efectúe en nombre del *makful* (art. 253). Y en tercer lugar, tendrá el deber de rendir una cuenta anual de la tutela al Juez de Tutelas, así como el de proporcionarle la información que le requiera en cualquier momento sobre la gestión del patrimonio del *makful* (arts. 255 y 256). Por añadidura, necesitará autorización judicial para llevar a cabo aquellos actos de especial incidencia en la esfera patrimonial del menor a que se refiere el artículo 271 *Mudawana*¹⁴⁵.

¹⁴⁴ No obstante, dicho inventario es provisional, toda vez que el artículo 252 *Mudawana* impone a dos notarios –*adules*– la formalización del inventario definitivo, en presencia del propio interesado si tiene quince años, de su representante legal y de sus herederos.

¹⁴⁵ De acuerdo con el artículo 271 *Mudawana*, el tutor dativo no puede efectuar sin autorización del Juez de Tutelas los siguientes actos: 1. vender o gravar con derechos reales los bienes del pupilo cuyo valor exceda de 10.00 dirhams; 2. aportar a una sociedad

Por lo demás, el paralelismo existente entre la *kafala* y la *hadana* se revela no solo en su contenido personal, sino también en la imputación por parte de la Ley núm. 15-01 (art. 22.5) de responsabilidad civil al *kafil* por los actos dañosos realizados por el *makful*, del mismo modo que los padres son responsables civiles de los hijos que se encuentran bajo su guarda, con base en el artículo 85 del Código marroquí de Obligaciones y Contratos¹⁴⁶. De este precepto, al que se remite expresamente la Ley núm. 15-01, resulta que la responsabilidad del *kafil* tiene por fundamento la culpa *in vigilando* y que, por tanto, es de carácter subjetivo. Por lo demás, son presupuestos de esta responsabilidad los siguientes: a) La *causación* de un daño, ya sea material o moral, por el *makful* a un tercero; b) la minoría de edad del *makful*; y c) la convivencia del *kafil* con el *makful*.

A la misma razón obedece, sin duda, el hecho de que la Ley num. 15-01 (art. 22.4) extienda al *kafil* el régimen de indemnizaciones y subsidios sociales del que benefician los padres por sus hijos menores, a fin de permitirle asumir las cargas económicas derivadas del cuidado del *makful*. Sorprende, sin embargo, que no se reconozca al *kafil* un derecho de retribución similar al que corresponde a la *hadana*, con arreglo al artículo 167 *Mudawana*¹⁴⁷. Y es que, en mi opinión, la constitución de la *kafala* no debería exonerar, en principio, a los padres de sus obligaciones económicas frente a sus hijos, por lo que no sería ilógico que, al hacerse cargo de estos gastos el *kafil*, aquellos –de ser conocidos– le pagasen algún tipo de contraprestación en proporción a sus recursos económicos.

Como efecto adicional de la *kafala*, el artículo 9.2 Código de la Nacionalidad Marroquí prevé novedosamente¹⁴⁸, a fin de evitar la

una parte de los bienes del pupilo o invertirlos con fines especulativos; 3. renunciar a derechos o acciones del pupilo, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en las que esté implicado este; 4. celebrar contratos de alquiler en nombre del pupilo cuya duración puede prolongarse más allá de su mayoría edad; 5. aceptar o repudiar donaciones gravadas por derechos o condiciones; 6. pagar las deudas no ejecutadas del pupilo; y 7. prestar alimentos a quien el pupilo esté obligado a prestar la pensión alimenticia, salvo que la misma sea decretada por una sentencia ejecutiva (la traducción es nuestra).

¹⁴⁶ El Código marroquí de Obligaciones y Contratos puede consultarse en <http://www.maroc-management.com/Juridique/Sommaire.htm>.

¹⁴⁷ Conforme a la interpretación que hacen del artículo 167 *Mudawana* G. ESTEBAN DE LA ROSA, J. OUHIDA, K. OUALD ALI y T. SAGHIR, *La nueva Mudawana marroquí: entre tradición y modernidad (Traducción comentada del Código de Familia de 2004)*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2009, p. 146, la *hadana* no está retribuida si los progenitores del menor viven juntos y, por tanto, su titularidad corresponde a ambos. En cambio, en defecto de convivencia entre los progenitores y atribuida a la madre, genera un derecho de retribución para ésta a cargo del padre.

¹⁴⁸ Precepto incorporado en la reforma del Código de la nacionalidad de 1958 llevada a cabo por la Ley núm. 62-06 promulgada por el *Dahir* núm. 1-07-80 de 23 de marzo de 2007. Consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://adala.justice.gov.ma/FR/Legislation/TextesJuridiques.aspx>.

apatridia, la atribución de la nacionalidad marroquí «por beneficio de la ley» al *makful*, siempre que cumpla los siguientes requisitos: *a)* que haya nacido fuera de Marruecos; *b)* que sea hijo de padres desconocidos; y *c)* que haya estado sujeto a la *kafala* de una persona marroquí durante cinco años. A tal objeto, ya sea el *kafil*, una transcurridos los cinco años desde el inicio de la *kafala*, o el propio *makful* en los dos años siguientes a su mayoría de edad deberán formular una declaración ante el Ministerio de Justicia, a la que deberán acompañar los documentos necesarios que acrediten que se cumplen los requisitos exigidos legalmente y que la concesión de la nacionalidad marroquí esta justificada desde el punto de vista nacional (art. 25 Código de la Nacionalidad Marroquí). Ahora bien, la adquisición de la nacionalidad marroquí por el *makful* no es automática, toda vez que se faculta al Ministerio de Justicia a oponerse a su concesión, aún concurriendo las condiciones exigidas legalmente (art. 26 Código de la Nacionalidad Marroquí), lo que introduce un margen de discrecionalidad considerable en esta materia. Ello sin perjuicio de dicha decisión sea susceptible de recurso judicial, con base en los artículos 36 a 43 del precitado cuerpo legal.

En cualquier caso, desde el momento en que la *kafala* no genera un vínculo de filiación entre el *kafil* y el *makful*, éstos carecen de derechos sucesorios tanto entre ellos como frente a sus respectivas familias. No obstante, el artículo 23 Ley núm. 15-01 faculta al *kafil* a efectuar a favor del *makful* ciertas disposiciones gratuitas como son la donación o el legado. Dichas atribuciones se realizarán bajo la supervisión del Juez de Tutelas, a fin de salvaguardar el interés del menor y, a lo que entiendo, necesariamente con respeto a los derechos correspondientes a los herederos en virtud de la *Mudawana*.

La misma razón justifica el que la *kafala* no determine el apellido del *makful*, quien, por tanto, conservará, en principio, el apellido que se le haya atribuido antes de la constitución de aquella de conformidad con la Ley núm. 37-99 relativa al estado civil¹⁴⁹. Ello no obstante, con base en lo dispuesto en el artículo 20 de dicha Ley,

¹⁴⁹ Así, cuando se trate de hijo de padres desconocidos o haya sido abandonado tras el parto, será el oficial del estado civil el que le impondrá el apellido, a la par que hará constar en su inscripción de nacimiento unos nombres ficticios de padre y de madre a efectos meramente identificativos (art. 16.5 Ley núm. 37-99). En cambio, cuando sea hijo de padre desconocido y madre conocida, será ésta la que lo inscriba con su propio apellido, siempre que su padre (abuelo del nacido) lo consienta expresamente. De no mediar el consentimiento del abuelo materno a que lleve su apellido, la atribución del apellido del menor corresponderá a la Alta Comisión del Estado Civil, previa solicitud de la madre presentada ante el oficial del estado civil (art. 16.7 Ley núm. 37-99 y artículo 20 Decreto núm. 2-99-665). Finalmente, si los progenitores son conocidos, el menor llevará el apellido del padre (art. 20 Ley núm. 37-99).

el *kafil* podrá solicitar motivadamente a la Alta Comisión del Estado Civil el cambio de apellido del *makful* por el suyo propio¹⁵⁰.

En definitiva, de lo expuesto hasta ahora puede afirmarse que la *kafala* se configura en Derecho marroquí como un instrumento de protección de menores sustitutivo de la *hadana* o guarda, con el que se trata de garantizar el derecho de crianza y cuidado de aquellos cuando se encuentren en situación de abandono. Su constitución conlleva adicionalmente la atribución de la tutela dativa a favor del *kafil*, lo que le legitima para ejercer la representación legal y la administración de los bienes del menor sujeto a *kafala*. Dicha institución no crea, sin embargo, un vínculo de filiación entre el *kafil* y el *makful*, por lo que no es equiparable a la adopción. De hecho, la existencia misma de la *kafala* se justifica en la prohibición de la adopción que rige en Derecho marroquí. No obstante, lo cierto es que la *kafala* tampoco puede asimilarse a las instituciones españolas del acogimiento y de la tutela ordinaria, en cuanto que no existe una correspondencia absoluta en orden a sus efectos. Resulta obvio que no es una tutela, tal y como se configura en Derecho español, en cuanto que, de una parte, su contenido se restringe al ámbito personal y, de otra, permite la concordancia de apellidos entre el *kafil* y el *makful*. Pero tampoco puede identificarse con el acogimiento, ya que, si bien es cierto que ambas figuras tienen funciones coincidentes como son las derivadas del ejercicio de la guarda, al *kafil* le corresponde, además, en su condición de tutor dativo, funciones de índole representativo y patrimonial¹⁵¹; ello sin olvidar los efectos que genera la *kafala*, no así el acogimiento, en materia de responsabilidad civil, régimen de apellidos y nacionalidad. En atención a todas estas apreciaciones podemos afirmar, en conclusión, que la *kafala* constituye una institución que solo puede entenderse en el contexto del Derecho marroquí, sin que pueda identificarse con ninguno de los instrumentos de protección de menores previstos en el Derecho español¹⁵².

¹⁵⁰ Ello es así, dado que la Ley núm. 15-01 ha suprimido la previsión de la legislación anterior (art. 22 Ley núm. 1-93-165) que prohibía al *makful* llevar el mismo apellido que el *kafil*.

¹⁵¹ Vid. un planteamiento similar en M.^a del P. DIAGO DIAGO, «La *kafala* islámica en España», cit., p. 156.

Discrepo del criterio de la DGRN (vid. p.e. Resolución-Circular de 15 julio 2006) favorable a asimilar funcionalmente la *kafala* con el acogimiento familiar, en base a los argumentos esgrimidos en texto.

¹⁵² Comparto en este punto la opinión de M.^a del P. DIAGO DIAGO, *idem*, p. 158. Interesa advertir que M.-C. LE BOURSICOT, «La *Kafala* ou recueil légal desde mineurs en droit musulman...», cit., pp. 8-9 niega, igualmente, la equivalencia entre la *kafala* y las instituciones francesas de protección de menores.

C) *Constitución*

Según resulta del artículo 14 Ley núm. 15-2001, la *kafala* de los menores abandonados solo es susceptible de constitución en virtud de decisión judicial, a instancia de parte interesada. De este modo, y al igual que sucede con respecto a la declaración de abandono, el legislador marroquí opta por un sistema judicial en materia de protección de menores, excluyendo, de nuevo y a diferencia de lo que sucede en Derecho español, cualquier tipo de intervención administrativa, probablemente por razones de seguridad jurídica, como han constatado los propios juristas marroquíes¹⁵³. En coherencia con este planteamiento, como se verá más adelante, el artículo 19 de la misma Ley atribuye también la función de vigilancia de la *kafala* a la autoridad judicial.

Por añadidura, la constitución de la *kafala* se condiciona a que medie el consentimiento del menor afectado siempre que sea mayor de doce años, aunque solo en el caso de que los solicitantes de aquella sean personas físicas, no así tratándose de personas jurídicas (arts. 11 y 12 Ley núm. 15-2001). Esta previsión, que concuerda con lo dispuesto en el artículo 214 *Mudawana*¹⁵⁴, resulta de gran importancia, ya constituye un claro exponente de la ampliación de que ha sido objeto la capacidad de obrar del menor en Derecho marroquí, al igual que en Derecho español, en consonancia con la Convención de Derechos del Niño de 1989¹⁵⁵. No obstante lo cual, quizá hubiese sido oportuno exigir, asimismo, su consentimiento cuando la *kafala* se constituye a favor de persona jurídica, dada las importantes consecuencias jurídicas que tendrá aquella en los diferentes ámbitos de la vida del menor.

La competencia para constituir la *kafala* se atribuye al Juez de Tutelas del lugar de residencia del menor (art. 14 Ley núm. 15-2001), el cual dictará la oportuna resolución judicial, previa tramitación del procedimiento previsto en los artículos 15 a 18 Ley núm. 15-2001.

Dicho procedimiento se inicia a instancia de los solicitantes de la *kafala*, quienes deberán acompañar a su demanda los documentos que acrediten que cumplen los requisitos exigidos en el artícu-

¹⁵³ Vid. en este sentido R. EL MRAHI, *Les droits de l'enfant en Maroc*, pp. 5-6, cit.; H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., p. 47; y Y. RABINEAU, *Le regime de la kafala au Maroc...*, cit., p. 243.

¹⁵⁴ El Código marroquí de la Familia fija la edad de discernimiento en los doce años (art. 214), para atribuir a los menores a partir de esta edad capacidad de obrar limitada (art. 213.1). Los menores de doce años carecen de capacidad de obrar (art. 217.1).

¹⁵⁵ Sobre la evolución del Derecho marroquí en materia de capacidad del menor puede consultarse M.-C. FOBLETS y J.-Y. CARLIER, *Le Code Marocain de la famille...*, cit., pp. 106-107; y R. EL MRAHI, *Les droits de l'enfant en Maroc*, cit., pp. 2-3.

los 9 Ley núm. 15-2001, así como una copia del acta de nacimiento del menor abandonado (art. 15 Ley núm. 15-2001).

Una vez admitida la demanda, el Juez de Tutelas ordenará la realización de una investigación especial a fin de comprobar la veracidad de los datos reseñados en los documentos presentados, así como la capacidad de los solicitantes de la *kafala* para asegurar su ejercicio en las condiciones previstas legalmente. Esta investigación corresponde a una comisión integrada por el Ministerio Fiscal, representantes de diferentes instancias administrativas –en particular, un representante de la autoridad local del lugar de residencia del menor y un representante del Ministerio de los *Habous* y los Asuntos Islámicos– y un asistente social (Decreto núm. 2-03-600, relativo la aplicación del artículo 16 de la Ley núm. 15-01 relativa a la *kafala* de los menores abandonados)¹⁵⁶. No obstante, se faculta al Juez, en función de las circunstancias del caso, a recurrir de modo complementario a cualquier persona que estime útil para completar la investigación, previsión esta donde, sin duda, tendrán cabida con carácter preferente los allegados al menor, así como aquellas personas que desarrollen su actividad profesional en ámbitos relacionados con la protección de la infancia (art. 16.3 Ley núm. 15-2001).

Tras practicarse la referida investigación, el Juez de Tutelas dictará una resolución que, en caso de cumplirse los requisitos legales, atribuirá la *kafala* a la persona –o personas, de tratarse de un matrimonio– física o jurídica que la haya solicitado y, de modo complementario, la designará tutora dativa del menor acogido en *kafala* (art. 17.1 Ley núm. 15-2001).

De haberse presentado una pluralidad de demandas respecto de un mismo menor, corresponderá al Juez elegir al *kafil* entre los demandantes con arreglo a los criterios de preferencia fijados en el artículo 10 Ley núm. 15-2001, según el cual tendrán prioridad los cónyuges sin hijos o aquellas personas que ofrezcan mejores condiciones de vida al menor.

Al igual que la declaración de abandono, la resolución constitutiva de la *kafala* es susceptible de ejecución provisional, sin perjuicio de que pueda ser recurrida en apelación (art. 17.3 y 4 Ley núm. 15-2001). Esta previsión se encuentra plenamente justificada, al tratarse la *kafala* de una medida de protección de aquellos menores que se encuentran en una situación especialmente vulnerable como es el abandono y que, por tanto, exige una aplicación inmediata. De acuerdo con el artículo 18 Ley núm. 15-2001, su ejecu-

¹⁵⁶ Consultado el 25 de marzo de 2013. URL: http://www.sgg.gov.ma/historique_bo.aspx?id=982.

ción es competencia de los Tribunales de Primera Instancia y deberá verificarse en un plazo muy breve de quince días a contar desde la fecha de su pronunciamiento en presencia de un representante del Ministerio Fiscal, la autoridad local y un asistente social, previsión ésta con la que, sin duda, se trata de salvaguardar el interés del menor.

Por añadidura, dicha resolución deberá anotarse al margen de la inscripción de nacimiento del menor, a fin de que el Registro del Estado Civil dé publicidad de esta circunstancia modificativa de su capacidad (art. 21 Ley núm. 15-2001 y artículo 16.8 Ley núm. 37-99 relativa al estado civil).

D) *Requisitos a cumplir por los solicitantes de la kafala*

De acuerdo con el artículo 9 Ley núm. 15-2001, la *kafala* puede ser constituida tanto a favor de personas físicas como jurídicas. Ahora bien, en el caso de las personas físicas, la atribución de *kafala* se restringe a los matrimonios y a las mujeres no casadas. Y en cuanto a las personas jurídicas, la *kafala* solo puede ser confiada a establecimientos públicos encargados de la protección de la infancia o a organismos privados reconocidos de utilidad pública y aptos para asegurar la protección de menores.

Adicionalmente, la atribución de la *kafala* requiere que el o los solicitantes de la misma cumplan unos determinados requisitos, diferentes según se trate de persona física o jurídica.

a) *Requisitos relativos las personas físicas*

La Ley núm. 15-2001 restringe en su artículo 9.1 y 2 la concesión de la *kafala* a los matrimonios y a las mujeres solas, lo que revela, de nuevo, el paralelismo existente entre esta institución y la *hadana*, en cuanto que ésta última se atribuye a ambos progenitores en el caso de estar casados, pero solo a la madre de modo prioritario cuando los progenitores no vivan juntos (arts. 164 y 171 Código de la Familia).

De este modo, la *kafala* se configura, en principio, como un instrumento de protección a ejercer por una sola persona necesariamente de sexo femenino, no así por un hombre, limitación ésta que, sin duda, obedece a los importantes condicionantes culturales todavía existentes en la sociedad marroquí¹⁵⁷. Ello no obstante, no puede descartarse que sobrevenidamente tras la constitución de la *kafala*, ésta corresponda exclusivamente a un varón. Ello sucederá

¹⁵⁷ Como advierte atinadamente H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., pp. 43-44.

cuando, habiendo sido atribuida inicialmente la *kafala* a un matrimonio, la mujer fallezca o sufra una incapacidad que le impida su ejercicio, o el matrimonio se disuelva y el Juez la atribuya en exclusiva al hombre (arts. 25 y 26 Ley núm. 15-01).

Con todo, según se ha advertido *ad initio*, también se admite la dualidad de *kafiles*, siempre que sean matrimonio. Quedan excluidas, por consiguiente, las parejas no casadas, en un planteamiento que difiere del Derecho español donde no existe una restricción similar para ser acogedores, pero que tiene su justificación en un país como Marruecos donde el Derecho de familia se basa en el matrimonio y, por consiguiente, la unión de hecho carece de cualquier reconocimiento legal¹⁵⁸, pese a tratarse de una realidad social cada vez más frecuente¹⁵⁹.

En cualquier caso, la *kafala* requiere que el matrimonio o la mujer a quien se atribuya reúnan unas determinadas condiciones de capacidad e idoneidad, a fin de garantizar el correcto ejercicio de la misma y así salvaguardar el interés superior del menor.

Por lo que se refiere a las condiciones de capacidad de los *kafiles*, la Ley núm. 15-01 se limita a requerir la mayoría de edad de la mujer no casada o de ambos cónyuges, sin exigirles, sin embargo, la plena capacidad de obrar¹⁶⁰. Se plantea así la cuestión relativa a si podrá atribuirse la *kafala* a una mujer o unos cónyuges privados de capacidad o con capacidad limitada¹⁶¹. A mi juicio, la respuesta será distinta en atención al grado de incapacidad que adolezca la persona en cuestión. De este modo, cuando se trate de una persona –los dos cónyuges, en el caso del matrimonio–, carente de toda capacidad no creo que se le pueda atribuir la *kafala* en ningún caso, ya que la imposibilidad de gobernarse por sí misma y de actuar válidamente en el tráfico jurídico le inhabilita para desempeñar las funciones propias de los *kafiles*, ya no solo las atinentes al cuidado personal del menor, sino también las de índole representativa que le corresponden en su condición de tutor dativo. Sin

¹⁵⁸ Es más, el artículo 430 Código Penal castiga con la pena de prisión de un mes a un año las relaciones sexuales fuera del matrimonio.

¹⁵⁹ Información proporcionada por Hanane HACHIMI, «La vie avant le mariage», en *Infos du Maroc. Portal de l'actualité du Maroc* (consultado el 25 de marzo de 2013). URL: <http://www.infosdumaroc.com/modules/news/article-print-2323.html>.

¹⁶⁰ Advierte, asimismo, de esta carencia H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., p. 38.

¹⁶¹ De acuerdo con la *Mudawana*, tienen capacidad de obrar limitada los menores que hayan alcanzado la edad de discernimiento –que se sitúa en doce años–, los pródigos y los débiles de espíritu (art. 213). A efectos legales, son pródigos aquellos que dilapidan sus bienes en gastos inútiles, causándose perjuicio a sí mismos o a sus familias (art. 215 *Mudawana*). Por débiles de espíritu se entiende aquellos que sufren una minusvalía mental que les impide gobernar su pensamiento y sus actos (art. 216 *Mudawana*).

En cambio, carecen de capacidad de obrar los menores que no alcanzado la edad de discernimiento, los dementes y los que han perdido la razón (art. 217).

embargo, no parece que la capacidad limitada de una persona –o de un matrimonio– le convierta *a priori* en no apta para el ejercicio de la *kafala*, al menos en lo concerniente a la guarda del menor. Con todo, corresponderá al Juez de Tutelas determinar en cada caso si esa limitación de capacidad imposibilita (o no) el adecuado ejercicio de la *kafala*, para lo que le será de gran utilidad la investigación a practicar durante la tramitación del procedimiento. Personalmente tampoco veo inconveniente en la posibilidad de constituir una *kafala* a favor de un matrimonio en el cual solo uno de sus miembros sea plenamente capaz, siempre que no haya otros solicitantes más aptos y, en todo caso, se constate que se reúnen las condiciones necesarias para el correcto funcionamiento de la *kafala*.

Más explícita resulta la Ley en lo que se refiere a los requisitos de idoneidad a cumplir con los *kafiles*, toda vez que fija los que se enuncian a continuación: 1. profesar la religión musulmana; 2. ser aptos moral y socialmente; 3. tener medios económicos suficientes; 4. no haber sido condenados por una infracción contra la moral o contra la infancia; 5. no padecer enfermedades contagiosas o cualquiera otras que les incapacite para el desempeño de la *kafala*; y 6. la inexistencia de conflictos de interés con el menor o con sus progenitores.

Tales criterios, muy diversos, resultan plenamente coherentes con las obligaciones que corresponden a los *kafiles* en orden al cuidado, sustento y educación del *makful*. Ahora bien, no puede dejar de notarse los importantes condicionantes de índole espiritual o moral que subyacen en algunos de ellos, difícilmente comprensibles desde nuestros esquemas occidentales. Me refiero, en concreto, a la exigencia de la confesión musulmana que, si bien se justifica en la obligación de los *kafiles* de velar por la educación religiosa del menor, puede resultar discriminatorio para aquellos solicitantes de la *kafala* que, no musulmanes, reúnan, sin embargo, las demás condiciones de aptitud exigidas por el legislador marroquí y que, además, se encuentren especialmente capacitados para dispensar las necesarias atenciones al menor de que se trate. Por su parte, el criterio relativo a la «aptitud moral y social» para el ejercicio de la *kafala* no deja de ser un concepto jurídico indeterminado con los riesgos que ello implica, poco deseables en un ámbito tan singular como es la protección de menores¹⁶². Se echan en falta, sin embargo, otros criterios que, a mi juicio, pueden resultar muy decisivos para valorar la idoneidad para ser *kafil*, como pueden ser la aptitud

¹⁶² Vid. en términos similares H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., p. 38.

educativa, la edad o, en general, la capacidad para atender a las necesidades del menor.

Por último, interesa advertir que una de las peculiaridades que presenta la *kafala* marroquí radica en que a fecha de hoy –sin perjuicio de una ulterior reforma legislativa ya proyectada– no requiere la nacionalidad marroquí de los *kafiles*, lo que implica la admisión de la *kafala* internacional, siempre que sus titulares cumplan los requisitos expuestos y, entre ellos, la pertenencia a la religión islámica. Por ello, los extranjeros no musulmanes deben aportar un acta de conversión otorgada ante dos notarios en presencia de dos testigos y certificada por la autoridad judicial.

No obstante, esta posibilidad se ha visto restringida en fechas recientes por la polémica Circular del Ministerio marroquí de Justicia y Libertades de 19 de septiembre de 2012 (Circular 40 S/2)¹⁶³ por la que se insta a los fiscales a verificar que los solicitantes extranjeros de *kafala* residan habitualmente en Marruecos y a solicitar a los jueces de menores la denegación de la *kafala* a los extranjeros que carezcan de residencia habitual en Marruecos. La motivación de esta medida se encuentra en la imposibilidad de supervisar las *kafalas* cuando los *kafiles* residen en el extranjero y, en especial, el cumplimiento por los *kafiles* de la obligación de velar por la educación religiosa del menor.

Aunque muy criticable por diferentes motivos (la medida solo se aplica a los extranjeros, la difícil situación de los menores abandonados en Marruecos, el hecho de que la mayoría de las *kafalas* se insten por extranjeros...), lo cierto es que la restricción impuesta por esta Circular es la culminación de una advertencia muchas veces anunciada¹⁶⁴. En efecto, las autoridades marroquíes ya en diversas ocasiones habían optado tanto por una paralización de las *kafalas* en curso como por una denegación en serie de las mismas, sin haber cesado por ello los casos de uso fraudulento de la *kafala*, esto es, con el único objeto de lograr la posterior adopción en España del menor y sin intención alguna de cumplir las obligaciones que la legislación marroquí impone a los *kafiles*. Y lo que resulta más cuestionable es que este uso fraudulento de la *kafala* (no generalizado, ciertamente) haya tenido lugar al amparo de la propia Ley española 54/2007 de Adopción internacional que, si

¹⁶³ La Circular núm. 40 S/2 puede consultarse en <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/adoption/herkunftslander/ld-marokko-rundschreiben-justizminister-f.pdf>.

¹⁶⁴ Según afirma M. P. DIAGO DIAGO en su artículo «Denegación de constitución de Kafala por parte de extranjeros que no residen habitualmente en Marruecos. Circular n.º 40 S/2 Reino de Marruecos» (consultado el 25 de marzo de 2013. URL: <http://www.plataformamillennium.com/e-68-5-n%C2%BA-2-denegacion-de-constitucion-de-kafala-por-parte-de-extranjeros-que-no-residen-habitualmente-en-marruecos-circular-n%C2%BA-40-s-2-reino-de-marruecos>).

bien es cierto que no contempla la conversión automática de la *kafala* en adopción sino en acogimiento o tutela ordinaria (art. 34)¹⁶⁵, en su artículo 18 posibilita la ulterior adopción del *makful* conforme a la ley española cuando tenga su residencia habitual en España en el momento de constituirse la adopción o bien haya sido o vaya a ser trasladado a España con el fin de establecer su residencia habitual en España¹⁶⁶.

Con todo, ante la situación generada por la Circular 40 S/2 y, para resolver el problema de las familias españolas afectadas, el gobierno español ha ofrecido al gobierno marroquí modificar la Ley española de adopción internacional, al objeto de imponer a los españoles que acogan a menores marroquíes la obligación de respetar la *kafala*. De prosperar esta reforma ello traerá consigo que los españoles ya no podrán solicitar en España la adopción del menor, solución ésta drástica, pero sin duda más respetuosa con la opción del Derecho marroquí y, en general, de otros ordenamientos contraria a la adopción¹⁶⁷.

b) Requisitos relativos a las personas jurídicas

En Derecho marroquí se admite que la *kafala* sea asumida no solo por personas físicas, sino también por personas jurídicas. Ahora bien, el artículo 9.3 Ley núm. 15-01 condiciona esta modalidad de *kafala* a unos determinados requisitos que revelen la idoneidad de la persona jurídica en cuestión para encargarse de la *kafala* de los menores abandonados.

Así, tratándose de instituciones públicas, entre sus fines específicos deberá figurar la protección de la infancia.

Por su parte, las personas jurídicas privadas habrán de cumplir las siguientes condiciones: a) tener carácter social, esto es, que su objeto sea el cuidado de aquellas personas que se encuentren en situación de dificultad, precariedad o indigencia, por aplicación del artículo 1.1 Ley núm. 14-05 relativa a las condiciones de apertura y gestión de los establecimientos de protección social¹⁶⁸; b) haber

¹⁶⁵ Como pone de relieve P. DIAGO DIAGO en su artículo «Denegación de constitución de Kafala...», cit. en nota anterior.

¹⁶⁶ Más respetuoso con la opción del legislador marroquí contraria a la adopción es el planteamiento del Cc francés, cuyo artículo 370.3 prevé que «la adopción de un menor extranjero no puede ser constituida si su ley personal la prohíbe, salvo si el menor ha nacido y reside habitualmente en Francia».

¹⁶⁷ Cfr. P. DIAGO DIAGO, <http://www.plataformamillennium.com/n-47-marruecos-pide-mas-control-sobre-las-kafalas-y-espana-ofrece-cambiar-la-ley-de-adopcion-para-reconocer-la-tutela-islamica>, consultada el 25 de marzo de 2013).

¹⁶⁸ Con base en el artículo 1.2 Ley núm. 14-05, el término «cuidado» (*prise en charge*) comprende «la acogida, el alojamiento, la alimentación, los cuidados paramédicos y el seguimiento socio-educativo, con respeto a la integridad física de las personas bajo su cuidado, su dignidad, su edad, su sexo y su capacidad física, mental y psicológica» (traducción del francés nuestra).

sido declaradas de utilidad pública¹⁶⁹; y c) contar con los medios materiales y humanos necesarios para garantizar la protección de los menores, así como su educación escolar y religiosa.

E) *Sujeción a control judicial o, en su caso, de la autoridad consular*

En Derecho marroquí la supervisión de la *kafala*, en principio, es competencia exclusiva de la autoridad judicial, en un planteamiento coherente con la *judicialización* de que ha sido objeto su sistema de protección de menores. Así, el artículo 19 Ley núm. 15-01 encomienda el control de la ejecución de la *kafala* al Juez de Tutelas del lugar de residencia del *kafil*. Para cumplir eficazmente esta labor de vigilancia y seguimiento el Juez podrá ordenar que se efectúen las investigaciones que estime útiles bien a una única persona —el Ministerio Fiscal, la autoridad local, un asistente social o, en general, a cualquier persona que se revele competente para este cometido—; bien a la Comisión a que se refiere el artículo 16 de la misma norma. A la vista de estos informes, el Juez adoptará, en su caso, las medidas que estime necesarias para velar por la protección del menor o, incluso, el cese de la *kafala*.

En caso de que el *kafil* pretenda abandonar Marruecos para establecerse de modo permanente con el menor a su cargo necesitará la autorización del Juez de Tutelas. Concedida dicha autorización y una vez instalados en el extranjero, la supervisión de la *kafala* corresponde, ya no a la autoridad judicial, sino a los servicios consulares marroquíes del lugar de residencia del *kafil*, con la obligación de remitir al Juez de Tutelas los informes oportunos sobre la situación del menor. No obstante, la labor de los servicios consulares en materia de *kafala* no termina aquí, sino que la Ley núm. 15-01 también les permite promover ante el Juez de Tutelas las medidas de protección que estimen convenientes, incluida la extinción de la

La Ley núm. 14-05 puede consultarse en el *Bulletin Officiel du Maroc*, núm. 5480 (7 julio 2006).

¹⁶⁹ De acuerdo con el Decreto núm. 2-04-969, de 10 de enero de 2005 y la Circular núm. 1-2005 de la Secretaría General del Gobierno, el reconocimiento de utilidad pública a una asociación conlleva importantes beneficios económicos (ventajas de tipo fiscal, acceso a ayudas públicas y posibilidad de recibir donaciones y legados), es competencia exclusiva del Gobierno marroquí y se condiciona al cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. haber sido constituida conforme a las disposiciones del *Dahir* núm. 1-58-376, de 5 noviembre 1958, sobre el derecho de asociación; 2. contar con unos estatutos y reglamento interior que garanticen la participación de los asociados en la gestión de la asociación; 3. perseguir objetivos de interés general a nivel local, regional o nacional; 4. disponer de los medios económicos y materiales necesarios para cumplir sus fines; 5. respetar las obligaciones de información y control administrativo previstas legalmente; y 6. llevar una contabilidad que permita formular los estados financieros establecidos por la normativa.

kafala. Ahora bien, en última instancia será este el único competente para adoptar las medidas oportunas en atención al interés del menor (art. 24 Ley núm. 15-01).

En cualquier caso, estas previsiones relativas al control de la *kafala* resultan dignas de elogio, toda vez que revelan la preocupación del legislador marroquí por dotar de las necesarias garantías no ya solo a la constitución, sino también a la ejecución de dicha medida de protección. No obstante, no puede dejar de reconocerse su escasa virtualidad práctica, ya que las carencias de la administración de justicia y los servicios consulares marroquíes, unidas a otros factores tales como los posibles cambios de residencia del *kafil*, determinan el imposible seguimiento *de facto* del menor acogido en *kafala* y, más aún, cuando resida en el extranjero¹⁷⁰. Ello unido a los abusos que ha generado el uso de la *kafala* internacional ha provocado que en fechas recientes el Ministerio de Justicia y Libertades haya adoptado la Circular 40 S/2 contraria a la atribución de *kafalas* a los extranjeros no residentes en Marruecos. Tratando de desbloquear esta medida, el gobierno español se ha comprometido a la supervisión de las *kafalas* por los servicios sociales de las CC. AA. El conflicto sigue abierto.

F) *Extinción*

El artículo 25 Ley núm. 15-01 establece las causas de extinción de la *kafala*, pudiendo distinguirse a tal efecto entre las que operan *ipso iure* o automáticamente y las que requieren decisión judicial.

a) Causas automáticas de extinción

Son causas automáticas de extinción de la *kafala*:

a') La mayoría de edad del menor sujeto a *kafala*.

Dado que la mayoría de edad –que el artículo 209 *Mudawana* sitúa en los dieciocho años– atribuye la plena capacidad de obrar con base en lo dispuesto en el artículo 210 del mismo cuerpo legal, la consecuencia inmediata no puede ser otra que el cese de la *kafala*. No obstante, el artículo 22 Ley núm. 15-01 contempla excepcionalmente algunos supuestos en que la mayoría de edad no conlleva la extinción de dicha institución de guarda, a saber: que el menor sufra alguna minusvalía –entiéndase, física o psíquica–, que sea incapaz de atender a sus propias necesidades o, tratándose de mujer, que no haya contraído aún matrimonio. En tales casos habrá que entender

¹⁷⁰ De estas dificultades se hace eco H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., pp. 56 y 80.

que la *kafala* se prorrogará automáticamente mientras persista la situación determinante de su no cese, ya sea la minusvalía, la falta de independencia económica o la soltería de la mujer. Ciertamente las dos primeras situaciones descritas justifican la pervivencia de la *kafala* y, de hecho, resultan coincidentes con lo dispuesto en el artículo 198.2 *Mudawana*, que impone al padre la obligación de atender a las necesidades de sus hijos mayores de edad que sean minusválidos o incapaces de procurarse recursos. Sin embargo, no puede decirse lo mismo de la soltería de la mujer, toda vez que tal previsión, aparte de resultar contraria al principio de igualdad, parece presumir que la mujer solo por el hecho de estar soltera carece de plena capacidad para regir su persona y sus bienes, en cuanto que necesita una protección adicional que no se dispensa a los varones, lo que contraviene la dicción de la *Mudawana*, que fija unas mismas reglas de capacidad sin distinción de sexos (arts. 206 a 223) y priva a la mujer de su derecho a ser atendida por sus padres cuando disponga de medios económicos, independientemente de su estado civil (art. 198.2). Por eso entiendo que *de lege ferenda* sería razonable prescindir del estado civil de la mujer como circunstancia justificativa de la prórroga de la *kafala*, para atender exclusivamente a las situaciones de discapacidad o falta de independencia económica del *makful* con independencia de su sexo.

No se contempla, en cambio, la emancipación del *makful* como causa de extinción de la *kafala*, lo que resulta coherente con las previsiones del Código de Familia en esta materia¹⁷¹. Interesa, en particular, el artículo 218.5 de este cuerpo legal que, a la inversa del Derecho español, reconoce al menor emancipado plena capacidad de obrar en su esfera patrimonial, pero no así en su ámbito personal, en cuanto le será de aplicación, según matiza el mencionado precepto, el régimen previsto con carácter general para los menores de edad. Por ello, habrá que entender que el *makful* emancipado seguirá sujeto a la *kafala*, con la limitación de capacidad que conlleva en su ámbito personal, si bien dejará de ser representado por el *kafil* en los actos concernientes a la gestión de su patrimonio, al poder realizarlos por sí mismo.

b') El fallecimiento del menor sujeto a *kafala*.

Desde el momento en que la personalidad jurídica se extingue con la muerte de la persona (art. 207 Código de la Familia), es lógico que la muerte del *makful* constituya una de las causas de

¹⁷¹ Interesa aclarar a estos efectos que en Derecho marroquí solo se contempla la emancipación por concesión judicial, ya sea a solicitud del propio interesado o de su representante legal. Son requisitos de esta emancipación que el menor haya cumplido dieciséis años y que esté dotado de «buen sentido» (art. 218.3 y 4 Código de la Familia).

extinción de la *kafala*. Por lo demás, es obvio que en esta causa de extinción debe incluirse también el supuesto de que el acogido en *kafala* haya sido declarado fallecido, de conformidad con el artículo 327 Código de la Familia¹⁷², si bien habrá que entender que la *kafala* solo se extingue en el momento en que la sentencia de declaración de fallecimiento devenga firme y sin perjuicio de la ulterior reaparición del declarado fallecido (art. 75 Código de la Familia)¹⁷³.

c') El fallecimiento o la incapacidad del *kafil* persona física; de ambos cónyuges, cuando la *kafala* haya sido confiada a un matrimonio.

Siendo la *kafala* una institución que sólo se constituye a instancia de parte interesada, parece razonable que, cuando ésta fallezca o, en su caso, se le declare fallecida, cese aquélla, sin perjuicio –entiendo– de que posteriormente pueda constituirse una nueva *kafala* en caso de que haya alguna persona o institución dispuesta a acoger al menor.

Asimismo, la *kafala* se extinguirá cuando el *kafil* sea declarado incapacitado con arreglo al procedimiento previsto en los artículos 220 a 223 Código de la Familia.

Lógicamente, tal y como se prevé en el artículo 25.3 y 4 Ley núm. 15-01, de corresponder la *kafala* a un matrimonio, ésta se extinguirá únicamente en el caso de que concurra alguna de las circunstancias descritas en ambos cónyuges. De no ser así, la *kafala* subsistirá en manos del cónyuge superviviente o capaz.

d') Cuando el *kafil* sea una persona jurídica, la disolución de la misma.

Del mismo modo, cuando la *kafala* corresponda a una institución pública, organización o asociación dedicada la protección de la infancia, la disolución de ésta conllevará la extinción de aquélla.

¹⁷² El artículo 327 Código de la Familia contempla dos modalidades de declaración de fallecimiento, en función de las circunstancias en que se haya producido la desaparición. Así, si la persona ha desaparecido en circunstancias excepcionales que hacen probable su fallecimiento (guerra, naufragio, accidente aéreo, etc.), el Juez habrá de declarar el fallecimiento transcurrido un año a contar desde el día en que se perdió toda esperanza de saber si está viva o muerta. En cambio, si la persona ha desaparecido en otras circunstancias, corresponde al Juez fijar un periodo de tiempo prudencial –a contar, se entiende, desde la desaparición–, al término del cual y habiendo resultado infructuosas las indagaciones acerca del paradero del desaparecido, dictará sentencia declarativa de fallecimiento.

¹⁷³ De acuerdo con el artículo 75 Código de la Familia, en caso de que reaparezca la persona declarada fallecida, la declaración de fallecimiento solo quedará sin efecto en virtud de decisión judicial que declare que la persona está viva, resolución ésta que sólo podrá dictarse a instancia del Ministerio Fiscal o de parte interesada.

b) Causas judiciales de extinción

Requiere, en cambio, resolución judicial la extinción de la *kafala* por incumplimiento de las obligaciones inherentes a la misma, por renuncia del *kafil* o cuando así lo aconseje el interés del menor. Y es que en todos estos casos, sin duda, resulta necesaria la intervención judicial a fin de verificar la existencia de una causa que justifique el cese de la *kafala* (art. 25.8 Ley núm. 15-01). Es más, el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la *kafala* no solo puede conllevar el cese judicial de la misma, sino que está sancionado penalmente, toda vez que el artículo 30 Ley núm. 15-01 prevé la aplicación al *kafil* de aquellas disposiciones del Código penal que castigan a los padres por las infracciones que cometen respecto de sus hijos¹⁷⁴.

Por lo demás, junto a las causas de extinción expresamente previstas en el artículo 25 Ley núm. 15-01, la *kafala* también deberá considerarse extinguida, con base en el artículo 29 de la misma norma, cuando, una vez desaparecida la causa determinante del abandono, los progenitores del menor recuperen su tutela legal (*wilaya*). En concreto, dicho precepto faculta a los padres del *makful*, tras el cese de la causa de abandono, a solicitar la recuperación de la tutela legal (*wilaya*) a la autoridad judicial, que habrá de adoptar su decisión previa audiencia del menor mayor de doce años y, en todo caso, en atención a su interés superior. Esta previsión debe ponerse en relación con disposiciones de la *Mudawana* (arts. 236 y 238) sobre la *wilaya* de los progenitores, de lo que resulta que, en principio, será el padre el único legitimado para formular dicha solicitud, en cuanto titular exclusivo de la *wilaya* en circunstancias normales, y sólo excepcionalmente la madre. De cualquier modo, de acordarse judicialmente la recuperación de la *wilaya* por el progenitor titular de la misma –ya sea el padre o, en su defecto, la madre– habrá que entender que la *kafala* quedará extinguida, al perder su razón de ser que radica en dotar de la necesaria protección al menor en situación de abandono.

Sin embargo, la *kafala* no se extingue, en principio, por la disolución del matrimonio de los *kafiles*, ya que en este caso el Juez de Tutelas, de oficio o a instancia de parte –de uno de los cónyuges o del Ministerio Fiscal–, puede confiar la *kafala* a uno de ellos (art. 26 Ley núm. 15-01). Esta solución viene a coincidir con la

¹⁷⁴ En concreto, está sancionada penalmente la inducción a la mendicidad (art. 330 Código penal), el abandono (art. 459 Código penal), la venta (art. 467-1 Código penal) y la explotación para un trabajo forzado, entendiéndose por tal aquel trabajo prohibido por la ley o perjudicial para la salud, seguridad, costumbres o formación del menor (art. 467-2 Código penal).

prevista en el artículo 166 *Mudawana* respecto al régimen de guarda y custodia de los hijos menores en caso de ruptura del matrimonio de sus padres y por ello habrá que entender que el *makful* a partir de los quince años podrá elegir con cuál de los *kafiles* quiere permanecer, correspondiendo al otro el derecho de visita si así lo decide el Juez en interés del menor, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 27 Ley núm. 15-01¹⁷⁵. Ello no obsta para el Juez pueda adoptar otra medida de protección más acorde al interés del menor, en cuyo caso habrá que entender extinguida la *kafala*, posibilidad ésta que contempla el precitado artículo 26 Ley núm. 15-01.

En cualquier caso, una vez extinguida la *kafala* por concurrir alguna de las causas enunciadas, el Juez de Tutelas ordenará la designación de un tutor dativo, ya sea de oficio o a solicitud del propio interesado o del Ministerio Fiscal (art. 28 Ley núm. 15-01). Se trata de este modo de que el menor no quede privado de protección entre tanto persista la situación de abandono.

8. REFLEXIÓN FINAL

A partir de lo expuesto hasta ahora, es posible ofrecer algunas consideraciones finales sumarias sobre aquellos aspectos más destacados de la problemática analizada en el presente trabajo. En concreto, interesa destacar el interés compartido de los legisladores español y marroquí por dispensar una protección específica a los menores abandonados, lo que se ha traducido en la elaboración de un marco normativo *ad hoc* inspirado en el principio del interés superior del menor. De este modo, ambos Ordenamientos han configurado un procedimiento –de índole administrativa el español y de carácter judicial el marroquí– dotado de las debidas garantías, a fin de apreciar la necesaria situación de desasistencia del menor que legitima la declaración de desamparo en España o, su equivalente, la declaración de abandono, en Marruecos. Por añadidura, tanto el Derecho español como el Derecho marroquí han articulado una serie de mecanismos dirigidos a procurar la protección de tales menores de modo subsidiario, esto es, ante la falta de asistencia por quienes legalmente deben prestarla.

Ahora bien, como ha podido constatarse a lo largo del presente estudio, las soluciones normativas adoptadas por ambos países dis-

¹⁷⁵ Como advierte H. ZEKRI, «La *kafala* en Derecho marroquí», cit., pp. 84-85. Esta autora (*idem*, p. 53) defiende, incluso, el derecho del *makful* a elegir a una persona distinta de los cónyuges *kafiles* para asumir su guarda y custodia en este supuesto, opinión de la que personalmente discrepo, en atención a los términos en que se expresa el artículo 26 Ley núm. 15-01.

tan de ser coincidentes, en cuanto que obedecen a unos esquemas socioeconómicos y, ante todo, culturales muy diferentes. En concreto, cuatro son las discrepancias a destacar aquí. En primer lugar, no puede omitirse la *administrativación* de que ha sido objeto el sistema español de protección de menores desde hace unas décadas, frente al planteamiento del legislador marroquí que ha optado, en su lugar, por un sistema privado de protección de menores, sin intervención administrativa alguna. En estrecha conexión con lo anterior, también importa señalar el protagonismo que, en esta materia, se sigue atribuyendo en Marruecos a la autoridad judicial, a diferencia de lo sucedido en España, donde se ha optado por un sistema en que se ha reducido sustancialmente su presencia. Asimismo, conviene advertir la disociación existente en los instrumentos marroquíes de protección de menores entre la guarda de los menores (*hadana* o *kafala*) y la representación legal y gestión de sus bienes (*wilaya*), a diferencia de lo que sucede en Derecho español donde dichas funciones se encuentran englobadas bajo una única institución, ya sea la patria potestad o tutela. Por último, importa tener presente el importante factor religioso del Derecho marroquí que, en lo que aquí interesa, condiciona tanto la propia noción de abandono como el específico contenido de la *kafala*, institución que el legislador marroquí contempla como opción preferencial para los menores abandonados.

No obstante, a pesar de las importantes divergencias detectadas, lo cierto es que el examen de ambas legislaciones permite apreciar una preocupación común en orden a proporcionar, de ser posible, a este colectivo de menores un núcleo familiar sustitutivo de su familia de origen, en particular, a través del acogimiento o, en su caso, la adopción en Derecho español; y por medio de la *kafala* en Derecho marroquí.

