



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

La interpretación del artículo 19.4 de la Ley de
Adopción Internacional en las Kafalas
transnacionales

Autor

Darío Florencio Repollés Garcés

Director

Prof^a Dr^a Katia Fach Gómez

Facultad de Derecho
2022

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	3
1. INTRODUCCIÓN	4
1.1 Cuestión tratada en el Trabajo de Fin de Grado.....	4
1.2 Razón de la elección del tema y justificación de su interés	4
1.3 Metodología seguida en el desarrollo del trabajo.....	5
2. LA FIGURA DE LA KAFALA	6
3. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 19.4 LAI.....	8
3.1 Contexto de la modificación	8
3.2 Intrahistoria de la modificación.....	9
4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	14
4.1 El auto de la AP de Cádiz de 27 de noviembre del 2020.....	14
A) Hechos.....	14
B) Razonamientos jurídicos de la sala.....	15
C) Reflexiones y conclusiones	16
4.2 Autos de la AP Islas Baleares 25 octubre 2017 y de la AP Girona 18 diciembre 2017.....	18
A) Hechos y fundamentación AAP de Baleares.....	19
B) Hechos y fundamentación AAP Girona	20
C) Reflexiones y conclusiones sobre ambas decisiones.....	21
4.3 Auto AP de León de 27 de junio de 2019	24
A) Hechos.....	24
B) Razonamientos jurídicos de la sala y conclusiones	25
C) Posibilidad de acogimiento familiar permanente	26
5. CONCLUSIONES	28
6. BIBLIOGRAFÍA	31

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial.
AP	Audiencia Provincial.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil.
CCC	Código Civil de Cataluña.
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño.
DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado.
FGE	Fiscalía General del Estado.
LAI	Ley de Adopción Internacional.
LJV	Ley de la Jurisdicción Voluntaria.
NU	Naciones Unidas.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Cuestión tratada en el Trabajo de Fin de Grado

En el presente trabajo se ha analizado la actuación reciente de los tribunales españoles frente a las “Kafalas transnacionales”, situaciones que se producen cuando los adoptantes constituyen sobre el menor la Kafala en el país de origen de este, para posteriormente trasladar su domicilio a España y tratar de constituir una adopción plena de nuestro ordenamiento con base en esa previa institución protectora.

Para el estudio, resulta especialmente relevante el artículo 19.4 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional, este precepto, introducido por el legislador en la modificación del año 2015, con el objetivo de acabar con este tipo de comportamientos, que supone (o debería suponer) un gran cambio en el razonamiento de los tribunales, limitando las posibilidades de que sigan repitiéndose estas conductas omisivas de la naturaleza de la Kafala. Este artículo establece en esencia una prohibición de constitución de la adopción sobre menores cuyos ordenamientos la prohíban o no la contemplen, manifestando así la imposibilidad de asimilar la Kafala con la adopción, por tener estas naturaleza diferente, comenzando por la creación de vínculos de filiación.

Sin embargo, como veremos, la interpretación y aplicación de este precepto por parte de nuestros tribunales desde su entrada en vigor ha resultado algo más accidentada de los esperado, entrando a jugar factores como la adquisición o no de la nacionalidad española por parte del menor o el mayor interés para este con base en su integración en la familia y el país.

Un contexto que se tratará de plasmar mediante este trabajo, con al objetivo de sacar unas conclusiones respecto a la unidad de criterio de los tribunales en este ámbito y su adecuación a la naturaleza del artículo 19.4 LAI.

1.2 Razón de la elección del tema y justificación de su interés

Desde que cursé la asignatura de Derecho Internacional Privado, me llamaron poderosamente la atención dos cuestiones, que por motivos de temario no pueden ser tratadas en profundidad, las cuales son la adopción internacional y la conciliación de nuestros tribunales de las figuras jurídicas desconocidas en nuestro ordenamiento o contrarias al orden público (p. ej. la poligamia). Es por ello que en cuanto me puse a indagar sobre adopción internacional para

delimitar el contenido concreto de mi Trabajo de Fin de Grado, encontré en la Kafala el tema perfecto para abordarlo.

En cuanto a su interés, lo considero un tema de absoluta actualidad, en el contexto de una sociedad cada vez más globalizada, lo cual se traduce en el crecimiento exponencial de las relaciones con otros países y, por extensión, con sus ordenamientos. A esto debemos sumarle, para el caso concreto, la situación geográfica de nuestro país, ubicado realmente cerca de países islámicos como Marruecos, la cual hace evidente que inevitablemente los tribunales españoles van a tener que tratar cada vez con mayor frecuencia con la Kafala y otras tantas figuras desconocidas en nuestra cultura.

Este contexto pone de manifiesto la necesidad de un sistema legislativo preparado para afrontar estas situaciones, que conozca perfectamente la naturaleza de la Kafala y que nos ofrezca seguridad jurídica, evitando actuaciones improvisadas y dispares de nuestros tribunales.

1.3 Metodología seguida en el desarrollo del trabajo

Este trabajo se estructura, al margen de una inicial aproximación al concepto de Kafala para ofrecer contexto, en tres grandes bloques: el primero dedicado al mencionado artículo 19.4 LAI, el contexto de su entrada y la evolución de la LAI hasta su inclusión, una segunda parte dedicada al análisis jurisprudencial, inspirado en la opinión de juristas expertos en la materia, con base en una selección de resoluciones que tratan de ofrecer una visión general de la actuación de los tribunales respecto a la aplicación de este precepto y del trato de la Kafala en general y por último un apartado, más personal, de las conclusiones obtenidas de este análisis.

Para la realización del trabajo, me he centrado en la lectura de un gran número de artículos doctrinales que hablan sobre casos concretos, para poder obtener una mejor visión de conjunto de la doctrina española, posteriormente, he seleccionado cuatro que he considerado adecuados para representar las conclusiones que pretendía expresar en la parte final del trabajo.

2. LA FIGURA DE LA KAFALA

La Kafala es una institución propia del mundo islámico en la cual el “kafil”, titular de esta, adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente del cuidado, la educación y la protección del “makful”, que es el menor, de la misma manera que lo haría un padre con su hijo¹.

Esta institución está íntimamente ligada a los valores sociales tradicionales que rigen la sociedad islámica en general y más estrechamente a los religiosos, pues incluso el Corán pondera el cuidado de los niños sin hogar. Ello dentro del marco de reconocimiento de la Sharia², ley islámica que regula desde hace siglos numerosos derechos de los niños.

Es importante, para el contexto de este trabajo, conocer que la Kafala presenta ciertas variaciones en sus requisitos y modalidades en función del ordenamiento de cada país islámico, siendo muy relevantes aspectos como la posibilidad de que el kafil no sea nacional de ese mismo país o que este pueda o no instalarse en el extranjero tras constituir una Kafala. Marruecos, país sin duda con el que más traslado de menores adoptados existe, es uno de los más permisivos en estos puntos, tendiendo siempre al interés de las partes. Al margen de esto, es común en todos los ordenamientos islámicos ese anclaje divino y su indudable factor religioso, esencial en esta forma de protección de menores, con raíces en la característica búsqueda de la preservación de los lazos de sangre de los sistemas islámicos, lo que se traduce en incompatibilidad con la adopción³.

En todo momento debemos tener presente que, pese a que en nuestra cultura occidental es totalmente diferente, en el mundo islámico los límites entre el sociedad civil y sociedad religiosa son mucho más difusos, lo cual se traduce en su legislación y jurisprudencia.

Tenida en cuenta esta información, lo que a nosotros, por la parte que nos toca, nos interesa realmente saber es que la adopción, tal y como nosotros la conocemos, se aleja totalmente de la figura de la Kafala, pues esta nunca va a crear vínculos de filiación mientras que nuestra

¹ Sobre esta figura, su caracterización y sus efectos en España habla especialmente P. Diago Diago en «La Kafala islámica en España» Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2010), ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt.

² La sharia es el sistema legal islámico. En árabe, significa literalmente "el camino claro hacia el agua". En su conjunto, es un código de conducta que determina todos los aspectos de la vida de los musulmanes, con normas que afectan desde las plegarias hasta los ayunos o las donaciones a los pobres.

³ Puesto de manifiesto por P. Diago Diago, *op. cit* p.6.

adopción, en mayor o menor medida, siempre lo va a hacer⁴. Pero no por ello la Kafala deja de ser considerada una medida de protección del menor, como así la reconocen el Convenio sobre los derechos del niño, de Nueva York el 20 de noviembre de 1989 en el marco de las Naciones Unidas⁵ o el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños⁶.

Esto tiene mucha relevancia en la figura, puesto que el reconocimiento de ambas instituciones, Kafala y adopción, consideradas respectivamente la institución de protección máxima de los sistemas islámico y occidental, compartiendo naturaleza pero difiriendo a efectos jurídicos, sumado al hecho de que los marroquíes son, sin duda, los nacionales de terceros estados con más presencia en nuestro país⁷, hace que sea inevitable que vayan a surgir situaciones que requieran la atención del Derecho Internacional Privado. Y para solventar de la mejor manera estas situaciones resultará imprescindible la articulación de una legislación que ofrezca seguridad jurídica, desde la comprensión de los efectos y las características de esta figura, a los efectos de un hipotético reconocimiento en nuestro país. Es por ello que comenzaremos hablando de nuestra Ley de Adopción Internacional, su evolución y especialmente sus últimas modificaciones.

⁴ La adopción siempre creará vínculos de filiación, desde su configuración más leve, la adopción simple, en la que se mantienen vínculos de filiación con la familia anterior, hasta la configuración de la adopción plena, en la que se rompen definitivamente los vínculos con la familia anterior. Ex artículo 178 del Código Civil.

⁵ En su artículo 20. 3º, publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 313, de 1 diciembre, es parte asimismo Marruecos.

⁶ Publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 199, de 20 agosto 1987. España firmó el Convenio de 1996, abril de 2003, pero no lo ha ratificado. El cual recoge, de manera expresa, entre las medidas protectoras del menor, su acogimiento mediante Kafala en sus artículos. 3.e y 33.

⁷ Los nacionales marroquíes lideran, con 776.223 residentes, la lista de población extranjera en España. Según datos del INE del 1 de enero de 2022.

3. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 19.4 LAI

3.1 Contexto de la modificación

Si bien es cierto que el Corán prohíbe la institución adoptiva, contemplando la protección de los menores y ponderándola en múltiples de sus suras⁸, quizás las adopciones en nuestro país de menores procedentes de países musulmanes no habían sido lo suficientemente frecuentes como para tratar de compatibilizar esta doctrina de origen con nuestro ordenamiento.

Sin ir más lejos, hasta la entrada en vigor de la LAI 54/2007, en el derecho español el reconocimiento de la Kafala como adopción fue habitual⁹, dado que el artículo 9.5 del Código Civil permitía descartar la aplicación de la ley nacional del adoptando, en lo relativo a capacidad y consentimientos necesarios, para la adopción si éste adquiría la nacionalidad española con la adopción y si el adoptante tenía la nacionalidad española, un criterio deficientemente unificado y no exento de polémica¹⁰.

Con la mencionada LAI 54/2007 de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional, y con su artículo 34.1¹¹ como sustento jurídico, se progresa en la interpretación de la Kafala, estableciendo una asimilación con el acogimiento familiar o con la tutela para aquellas instituciones de protección de menores constituidas ante autoridades extranjeras que no produzcan efectos de filiación, cuando cumplan los requisitos de este artículo. En este sentido se ha manifestado la DGRN, en su *Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 15 de Julio de 2006*¹², concluyendo que no pueden ser objeto de reconocimiento en nuestro país como propias adopciones. Desde este momento, se elimina la idea de utilizar el mecanismo de conversión de las adopciones “simples” o “menos plenas” constituidas en el

⁸ Una sura o surah (en árabe, سورة), es el equivalente a capítulo en el Corán, libro sagrado del islam, que consta de un total de 114 suras.

⁹ Para prevenir este tipo de actuaciones y evitar esas fricciones, Res. Circular de 15 de julio de 2006 sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales (BOE núm. 207, de 30 de agosto de 2006). “La Kafala [...] no crea un vínculo de filiación [...]”.

¹⁰ Tal era el revuelo que causó la cuestión que incluso el TEDH se pronuncia sobre el tema, en su sentencia de 8 de octubre 2012 en la que establece que la Kafala no produce un vínculo de filiación y entiende que la Kafala es una medida de protección que coexiste con otras en el estado de acogida

¹¹ Las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que, según la ley de su constitución, no determinen ningún vínculo de filiación se equiparán al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, regulados en el derecho español [...].

¹² BOE núm. 207, de 30.08.2006.

extranjero en adopciones plenas a todos los efectos en nuestro ordenamiento. Cabe hacer mención a los casos denominados de “conexión social”, los cuales serán estudiados en profundidad con posterioridad mediante la jurisprudencia, situaciones en las que el adoptando estaba ya integrado o especialmente arraigado en nuestro país y se permitían matices en su gestión, esta interpretación ha adquirido gran arraigo jurídico con el paso del tiempo¹³.

Aún con todo, la interpretación de los tribunales españoles no funcionaba tan sistemáticamente como se pretendía, e incluso con anterioridad a la reforma de 2015, esta equiparación funcional de la Kafala al acogimiento o tutela españoles, resultaba idónea como medio para la constitución ex novo de la adopción. Esta situación genera jurisprudencia muy dispar y equívoca, sobre todo en lo relativo a la necesidad de certificado de idoneidad. Existen decisiones judiciales donde no se ha exigido tal certificado alegando que no es necesaria propuesta previa transcurrido un año de este “acogimiento”¹⁴ y otras donde, en cambio, sí se ha exigido y por tanto denegado la constitución inmediata de la adopción¹⁵.

En resumen, un marco jurídico inestable en la práctica y conducente a situaciones de desigualdad en orden de un verdadero reconocimiento en el país de la nacionalidad del menor adoptado, acorde a las decisiones de nuestros tribunales. Contexto que ponía de relieve un problema real que pedía a gritos la intervención del legislador, que efectivamente tuvo lugar en 2015, como veremos en el siguiente apartado.

3.2 Intrahistoria de la modificación

Con esta tesitura, en los últimos años, las solicitudes de adopción de familias españolas experimentaron un notable incremento, especialmente, en relación con menores que previamente habían sido objeto de una Kafala en Marruecos¹⁶. Esto empujó a las autoridades marroquíes a la introducción de una serie de restricciones respecto de los solicitantes

¹³ Vid., Circular 8/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores.

¹⁴ Vid. Sentencia TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso, de 3 de abril 2008 (JUR 2008/189480)

¹⁵ Vid. Sentencia AP de Tarragona (Sección 1ª) Auto de 23 de junio de 2008.

¹⁶ Circunstancia puesta de manifiesto en A. Rodríguez Benot, “Capítulo II: Eficacia de la kafala ante el ordenamiento español” y A. Quiñones Escamez, A. Rodríguez Benot, H. Zekri y J. Ouhida, “Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes”, Madrid, FIIAP, 2009.

extranjeros, ante el temor de que por ejemplo los menores recibiesen una educación en los países de recepción fuera de la fe islámica, lo cual conllevaría una grave trasgresión del derecho marroquí y de la figura misma de la Kafala. Lo cual quedó plasmado en la *Circular nº 40 S/2 de Justicia* del año 2012¹⁷, dictada por el Ministerio de Justicia y Libertad marroquí, la cual, ante las dificultades de verificar el cumplimiento de las obligaciones que comporta esta institución, insta a las autoridades competentes para decretar una Kafala en el país, a corroborar previamente que el solicitante extranjero tiene su residencia habitual en Marruecos y de no ser así, a proceder a la denegación de la constitución de esta.

Esto tiene una simple explicación, pues como se ha expuesto previamente, la posibilidad de “mutar” de una Kafala a una adopción plena en nuestro país resultaba demasiado sencilla y permitía incluso acelerar plazos y saltar ciertos trámites. Esta condición daba pie a las conocidas como “Kafalas transnacionales”, en las cuales los menores son trasladados por sus tutores a nuestro país inmediatamente después de la constitución de esta, puesto que tienen residencia habitual en España. No obstante, este concepto se repetirá a la hora de analizar jurisprudencia reciente.

Esta fue la razón por la que el Gobierno español asumió el compromiso ante las autoridades marroquíes de modificar la normativa española vigente en ese momento, con el fin de evitar la constitución en España de adopciones respecto de niños marroquíes que hubieran sido objeto de Kafala en su país. Ese compromiso fue el que dio lugar a la redacción del nuevo artículo 19.4 LAI, introducido por de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («B.O.E.» 29 julio) y que está redactado de la siguiente manera:

«En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública».

Con esta nueva redacción, el legislador español pretendió impedir, en especial, la constitución de una adopción en nuestro país después de haberse decretado una Kafala en el Estado de origen

¹⁷ Esta trajo como resultado la paralización de la tramitación de las *Kafalas* que se encontraban en curso, así como la no admisión de solicitudes en estos casos. Junto a ello, el Gobierno marroquí planteó la modificación del régimen legal de esta institución, endureciendo las condiciones de los solicitantes extranjeros. Profundiza en ello, N. Marchal Escalona, “*La Kafala marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana*”, Revista internacional de Derecho y Jurisprudencia nº3, 2013, Universidad de Almería, <http://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/1782>.

del menor, evitando así las adopciones claudicantes, es decir, válidas en el país del adoptante, pero nulas en el país del adoptado.

De la lectura íntegra de este precepto podemos extraer que en esta prohibición no se realiza distinción alguna entre menores extranjeros residentes en España o que residan en el extranjero, y, por tanto, conforme a la literalidad del artículo, la limitación deberá extenderse a todos los menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción. Además, esta norma imperativa conlleva que la autoridad competente para constituir la adopción, en su caso, pierda la competencia atribuida. Si bien podemos afirmar que no nos encontramos ante una limitación absoluta, pues como podremos comprobar posteriormente en la interpretación del precepto en la jurisprudencia española reciente, esta limitación se modula o suaviza bajo ciertas condiciones.

Además, se prevé expresamente en este artículo una excepción que no deja cabida a interpretación: la del menor abandonado y tutelado por Entidad Pública, para los que no se aplica la prohibición.

No ocurre lo mismo con la posibilidad de aplicar este precepto a los adoptados mayores o menores emancipados, a quienes el artículo 175.2.c CC da la posibilidad de ser adoptados, dejando un resquicio por resolver que ha dado pie a opiniones dispares. Dado que la LAI se aplica a los menores de 18 años (en correspondencia con el Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción), podríamos entender, en efecto, que el ámbito de aplicación personal de este precepto no se circunscribe por tanto a los sujetos mencionados. En este ámbito, en el que existe controversia dada la función de medida protectora de menores que se ha venido dando a la figura de la adopción, son muchos los autores que, sin embargo, se decantan por la aplicación de este precepto a mayores de edad y menores emancipados, si se diera la situación, por ausencia de una exclusión expresa en la redacción¹⁸.

Aunque como se ha observado, es posible extraer del propio precepto unas ciertas directrices en cuanto a las pretensiones del legislador de cara a su aplicación, resulta imprescindible tener en cuenta el *Dictamen 3/2016, sobre la incidencia de la reforma de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, respecto al tratamiento de la kafala de la Fiscalía General del Estado*, por la proyección práctica desde la reforma que ha tenido y sigue teniendo.

¹⁸ Postura defendida por M. Guzmán Zapater, “Kafala y Derecho Español tras la reforma de la ley 54/2007. A propósito del auto AP de León de 27 de junio de 2019”, Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp. 1036-1043 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt - DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5651>.

A través de este Dictamen, la Fiscalía determina el ámbito de aplicación de la cláusula limitativa del artículo 19.4 LAI obteniendo las siguientes conclusiones (cito textualmente):

«1ª.- La Kafala tiene diversos regímenes jurídicos en los países en los que se reconoce, siendo compatible con la adopción en algunos de ellos, no siendo posible establecer un criterio general.

2ª.- En los casos en los que la legislación nacional no resulte compatible con la adopción, supuesto en el que se encuentra la Legislación del Reino de Marruecos, operará la limitación contenida en el apartado 4 del artículo 19 de la Ley de Adopción Internacional.

3ª.- Para que opere la referida limitación, debe quedar suficientemente constatado que la legislación nacional prohíbe o no contempla la adopción.

4ª. La limitación contenida en el apartado 4 del art. 19 de la Ley de Adopción Internacional, requiere que el menor conserve su nacionalidad de origen, ya que, si el menor adquiere la nacionalidad española, tal limitación dejaría de ser operativa.

5ª. En los supuestos en los que el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública, puede promoverse su adopción, dejando de surtir efectos la limitación referida».

Si leemos estas conclusiones, es fácil darse cuenta de que tanto la intención del legislador con la redacción del precepto, como la de la propia Fiscalía en la interpretación que realiza de este, tienen en común la búsqueda de una solución para la situación concreta que hemos analizado previamente, la lucha contra las mencionadas Kafalas transnacionales.

Dicho esto, debemos preguntarnos si con esta legislación actualmente en vigor se ha conseguido solventar el problema planteado y que, justamente, promovió la incorporación de la limitación del art. 19.4 LAI. La respuesta, atendiendo a lo practicado en los Juzgados y Tribunales españoles, parece tender al pesimismo, como veremos en el posterior análisis.

Desde el momento en que entra en vigor la primera LAI, la corriente mayoritaria se inclinó hacia la constitución de la adopción de menores en situación de Kafala en el supuesto de que éstos residieran en España al tiempo de la adopción y adquirieran la nacionalidad española como consecuencia de la misma, en virtud de lo dispuesto en los artículos 18 y 19 LAI. Doctrina jurisprudencial que parece haber cristalizado más de la cuenta y enrocado a los tribunales, que pese a la entrada en vigor de la Ley 26/2015, e incluso con la oposición del

Ministerio Fiscal parecen mantenerse inmutables en su postura, al menos, en gran parte de las ocasiones, aun cuando el adoptado, residiendo en España, no adquiriera la nacionalidad española en virtud de la adopción.

Con este contexto planteado, surgen ciertas preguntas; Primero, desde el punto de vista de la validez de la adopción en el país de origen del adoptado ¿resultará la constitución en España de una adopción de un menor cuya ley personal la prohíbe o no la contempla, contraria al propósito mencionado por la LAI? Por otro lado, ¿hasta que punto es relevante y necesario el reconocimiento de la adopción en un país donde ni siquiera se contempla?

Por el contrario, en segundo término, y desde el punto de vista del reconocimiento en España ¿es un argumento lo suficientemente válido la residencia en nuestro país de adoptado y adoptantes (y la nacionalidad de estos) para decretar una adopción, dando además por hecho que no se genera ningún perjuicio sociocultural al estado del que es originariamente nacional? Al margen de esto ¿Es la Kafala equiparable a la adopción contenida en nuestro ordenamiento?

Con el propósito de dar una respuesta justificada y real a estos problemas planteados y a otros que surgen conforme te adentras en las situaciones reales de algunos procesos, la intención de este trabajo es la de realizar un estudio y posterior reflexión breve del tratamiento que se ha venido otorgando a la Kafala en España, desde un punto de vista de la eficacia, en especial desde la introducción del nuevo régimen del ya mencionado artículo 19.4 LAI, mediante la Ley 26/2015, de 28 de julio. Con el objetivo de comprobar si la interpretación que se viene llevando a cabo por parte de nuestros Tribunales realmente responde al espíritu y utilidad pretendido por la norma.

4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En este apartado se va a abordar la parte esencial del trabajo, tratando de identificar las líneas de actuación de los tribunales españoles para casos de Kafalas transnacionales desde la modificación de la LAI de 2015, en la que entra en escena la prohibición del artículo 19.4. Se han escogido cuatro autos, que serán analizados individualmente en cuanto a sus características, razonamientos jurídicos de las salas y conclusiones finales en torno a las decisiones, principalmente extraídas de opiniones de juristas expertos en la materia. Con ello, la intención es obtener unas conclusiones finales que permitan crear un mapa representativo de la doctrina española y responder a la pregunta de si la inclusión de este precepto ha influido como se pretendía en las decisiones o, por el contrario, no ha terminado de cumplir con su papel.

4.1 El auto de la AP de Cádiz de 27 de noviembre del 2020

La razón de empezar por este caso¹⁹ es que presenta unos rasgos, tanto fácticos como de estructura procesal, de los que podríamos considerar como los “más habituales” en este ámbito, dentro de la particularidad y complejidad de cada supuesto. Con estos, nos estamos refiriendo a los constituyentes de las previamente mencionadas Kafalas transnacionales que implican generalmente la constitución de estas sobre los menores por parte de las autoridades del país de origen y el posterior traslado a España del adoptado.

El único matiz está en la nacionalidad de los adoptantes, pues en unos casos quienes constituyen la Kafala son españoles, y en otros son constituidas por nacionales del lugar de establecimiento de la medida (por ejemplo, marroquíes que residen en España). En todo caso, hablamos de Kafalas transnacionales.

A) Hechos

En este caso nos encuadramos en el primer grupo: una menor de edad, de nacionalidad marroquí y con residencia habitual en Marruecos, que fue declarada en abandono por un Tribunal de Primera Instancia marroquí en 2016. A los adoptantes, de nacionalidad española, les es entregada la menor acogándose a las normas de la Kafala, constituyendo por auto de 8

¹⁹ AP de Cádiz (Sección 5ª) en su Auto núm., 243/2020 dictado el 27 de noviembre del 2020. JUR/2021/5329.

de marzo de 2017, una tutela dativa. Tras ello, los adoptantes junto a la niña se trasladan a Ceuta ese mismo 2017. Tres años después de esto, se insta la constitución de la adopción, la cual es acordada por el juez de primera instancia el 27 de noviembre de 2020. Sin embargo, frente al auto interpone recurso de apelación el Ministerio Fiscal ante la Audiencia Provincial de Cádiz.

Como se decía, los hechos constituyen la forma característica de los supuestos que se presentan a las autoridades españolas en relación con menores sobre quienes se ha constituido una Kafala por autoridades extranjeras (marroquíes en este caso). No es casualidad que la misma Sección 5ª de la AP de Cádiz hubiera resuelto dos casos anteriormente con idénticos datos y misma estructura procesal²⁰: la aprobación de la adopción en primera instancia, con posterior recurso por el Ministerio Fiscal y desestimado en segunda instancia, confirmando la decisión dictada por la que se aprobaba la adopción.

En resumen, se plantea una petición de adopción de una menor residente en España en compañía de los solicitantes, con la tutela dativa otorgada por las autoridades judiciales extranjeras. Desde ese momento, para encontrar una solución, la Audiencia deberá aclarar dos cuestiones: por un lado, la legislación aplicable para el caso, por otro, a qué institución española de protección de menores deberá asimilarse la Kafala.

B) Razonamientos jurídicos de la sala

Comenzando por la segunda cuestión, relativa a la institución española a la que debería equipararse la Kafala, la AP recurre a la anteriormente mencionada *Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 15 de Julio de 2006* en la que se califica a la institución de la Kafala por su función, asimilándola al acogimiento familiar (jurídicamente encuentra su respaldo en el artículo 34 LAI). Por tanto, se considera que la menor, entregada a los solicitantes en el año 2017, residía en España bajo este régimen desde hacía ya más de tres años.

Respecto a la segunda cuestión, referente al instrumento jurídico de aplicación, la AP de Cádiz recurre a las previsiones establecidas en la Ley de Adopción Internacional. Primero, aclara la

²⁰ AP de Cádiz (Sección 5ª) Auto núm., 72/2018 de 12 de marzo, ECLI:ES:APCA:2018:561ª y AP de Cádiz (Sección 5ª) Auto núm., 254/2020 de 11 de diciembre, ECLI:ES:APCA:2020:1500A.

competencia de las autoridades españolas con base en el artículo 14 LAI. Después, se remite a los artículos 18 y 19, como sustento de la aplicación de la ley española a la adopción, en concreto, el apartado a) del artículo 18 y artículo 19.1.b²¹, este último en negativo, entendiendo (al menos así es como comprendo el argumento del tribunal) que el menor tiene su residencia en España y adquiriría la nacionalidad española en virtud de la adopción, pues de lo contrario el mencionado 19.1.b actuaría de manera contraria a las pretensiones. Por tanto, la constitución de la adopción, la capacidad del adoptando y los consentimientos se regirán por la ley española.

En esta ocasión, tal y como sostiene la AP de Cádiz, el caso se encuentra entre los que no precisan de propuesta previa por la Entidad Pública competente (art. 176 del CC y art. 35.3 LJV), no es necesario dado que el supuesto se encuentra entre las excepciones del apartado 3 del artículo 176.2 del CC, pudiendo presentarla de manera directa los interesados. Sin embargo, que no sea necesaria la propuesta previa no quiere decir que la autoridad competente no deba llevar acabo las acciones necesarias para asegurarse del cumplimiento de las condiciones de idoneidad y requisitos de los adoptantes y que exige la ley.

C) Reflexiones y conclusiones

Aunque a primera vista este parezca un razonamiento jurídico bastante acertado, lo cierto es que la AP de Cádiz deja algunos cabos sin atar, o al menos, no los refleja en la sentencia de manera expresa. Si bien hace referencia a diferentes apartados de los artículos 18 y 19 LAI, no se hace alusión a la prohibición contenida en el artículo 19.4, la cual está muy ligada al supuesto, dado que la prohibición de la adopción existente en la ley marroquí, lo que hace surgir dudas de si la interpretación de la AP es acorde a la norma.

²¹ Redacción literal de los artículos mencionados, necesaria para entender el razonamiento.

Artículo 18.a LAI: *“La constitución de la adopción por la autoridad competente española se regirá por lo dispuesto en la ley material española en los siguientes casos: a) Cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción”.*

Artículo 19.1.b LAI: *“1. La capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción, se regirán por la ley nacional del adoptando y no por la ley sustantiva española, en los siguientes casos: b) Si el adoptando no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española, aunque resida en España”.*

Si acudimos a la interpretación de la Fiscalía General en su anteriormente mencionado Dictamen 3/2016, podríamos entender la posibilidad de flexibilización de la norma y de constituir adopción en situaciones como esta. Conforme a este, la prohibición contenida en el artículo 19.4 opera cuando la menor conserva su nacionalidad de origen, no siendo aplicable, si adquiere la nacionalidad española (Vid., supra apartado 2.2).

En este punto, surge una cuestión clave en los objetivos de este trabajo; Teniendo en cuenta que la menor adquiriría la nacionalidad española por la vía del artículo 19.1 CC al ser adoptada, ¿se entiende la posibilidad de flexibilización del precepto por esta circunstancia? O, sin embargo, la interpretación del tribunal se debe a otra cuestión, como es que la menor podría haber adquirido la nacionalidad por la vía del artículo 22.1 CC, al llevar en situación de acogimiento desde 2017 y ser sus representantes (Kafiles en este caso), de nacionalidad española.

La primera situación significaría considerar español al menor en el momento de constituir la adopción. O lo que es lo mismo, aplicar al menor la ley española como ley nacional presunta que adquirirá por la adopción. Este enfoque parece que no termina de encajar con la interpretación que debe darse al Dictamen de la FGE, pues como otros expertos han indicado previamente²², este razonamiento no sería compatible con la práctica previa de anticipar la aplicación de la ley española como ley de la futura nacionalidad del adoptando si el kafil es español.

La segunda tesitura, supondría que la limitación no operara cuando el menor hubiera podido adquirir la nacionalidad por una vía diferente a la mencionada tesis de la nacionalidad anticipada. Lo que convertiría en una posibilidad supuestos en los que el menor, en régimen de Kafala, llevara un año de residencia en España y hubiera estado en acogimiento por persona o institución española durante dos años consecutivos, (artículo 22.1 CC). Interpretación que encaja de pleno con el supuesto analizado, dado que la menor lleva en situación de acogimiento por españoles desde abril de 2017, por lo que ya podría haber adquirido la nacionalidad por la vía indicada anteriormente, aunque no lo haya hecho.

Sin embargo, del Auto de la AP de Cádiz resulta imposible extraer el razonamiento seguido, puesto que no se refiere en ningún momento a la prohibición de adopción del artículo 19.4 LAI,

²² E. Rodríguez Pineau, “La protección en España de menores cuya ley nacional prohíbe la adopción”, *Derecho Privado y Constitución*, 31, 387-415. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.31.09>.

en conexión con la ley nacional de la menor. Si bien es cierto que esta ha venido siendo la actuación de la AP de Cádiz en estos casos, al menos en los últimos tiempos, tampoco en las anteriores se ha referido a la prohibición de adopción del artículo 19.4 de la LAI, pese a estar en un supuesto en el que la ley nacional de la menor prohíbe la adopción.

En resumen, como han defendido otros autores²³, la actuación de la AP de Cádiz resulta correcta, pese a que hay muchos aspectos que no se reflejan en la decisión y que deberían estarlo de forma expresa en el Auto. Pues a través de las directrices de la FGE, la modulación de la cláusula del artículo 19.4 LAI es posible cuando el menor adquiere la nacionalidad española, aunque descartando la aplicación anticipada de la ley e inclinándose por otras vías como la mencionada.

4.2 Autos de la AP Islas Baleares 25 octubre 2017 y de la AP Girona 18 diciembre 2017

En este caso, las dos resoluciones tienen en común que ambas acuerdan, una vez más, la procedencia de la adopción de menores, nacionales marroquíes y que se encontraban en situación de Kafala, constituida por sentencia de las autoridades de su país en el momento en que se produce la solicitud de adopción. Estas se habían constituido como Kafalas judiciales sobre niños abandonados. Y de nuevo nos encontramos con el mismo factor clave y que produce quebraderos de cabeza a los tribunales españoles a la hora de emitir un veredicto: en los dos casos, los adoptandos residían habitualmente en España al tiempo de la adopción, pero ninguno de ellos había adquirido la nacionalidad española en virtud de esta situación, conservando su nacionalidad originaria.

Por tanto, nos encontramos ante dos autos que resuelven una situación similar a la anterior, aunque el matiz lo encontramos en la nacionalidad de los adoptantes, también marroquíes, por lo que, a priori, podríamos pensar que las tres resoluciones van a seguir una estructura procesal y razonamientos parecidos, sin embargo, como veremos, esto no será así, pese a que el resultado acaba siendo el mismo. La razón de tratar estos dos casos conjuntamente es la

²³ Postura que defiende su artículo M. Herranz Ballesteros, “*Tratamiento de la Kafala en España y posterior constitución de una adopción. ley nacional del menor que prohíbe la adopción: flexibilización de la cláusula limitativa (auto de la AP De Cádiz [sección 5ª] de 27 de noviembre de 2021)*” Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2021), Vol. 13, N.º 2, pp.778-783 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt - DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6293>. Y del que ha sido tomado gran parte del razonamiento jurídico de este apartado 4.1.

posibilidad de analizar simultáneamente los razonamientos de ambos tribunales, tanto en paralelismos como en discordancias, dada su similitud fáctica y cercanía en el tiempo (menos de dos meses entre ambas), lo que las ha hecho sujeto de estudio previamente por otros autores, tenidos en cuenta para la realización de este trabajo²⁴.

A) Hechos y fundamentación AAP de Baleares

El auto de la AAP Islas Baleares, de 25 de octubre de 2017²⁵, siguiendo una estructura procesal igual al de Cádiz, resuelve recurso de apelación del Ministerio Fiscal frente al auto dictado en primera instancia, por el que se aprobó la adopción del menor marroquí en favor del matrimonio al que se le había atribuido previamente la titularidad de la Kafala antes mencionada. En este caso el argumento del Juez se basó de manera determinante en la integración del menor que se había generado con la familia adoptante, a raíz de su residencia y convivencia en España desde el mes de noviembre de 2013, cuando se les asigna su protección.

Por parte del Ministerio Fiscal, su oposición se basa, como ya lo había hecho en primera instancia, en que el adoptado mantiene la nacionalidad marroquí y en que no se encuentra en situación de desamparo o tutelado por la Entidad pública en ese momento. Estas dos circunstancias, sumadas al hecho de la no contemplación en la ley marroquí de la adopción serían, a juicio del Ministerio Fiscal, suficientes en aplicación de la (una vez más polémica) prohibición del art. 19.4 LAI para la no constitución de esta adopción.

Por su parte, el Tribunal ofrece un argumento que no habíamos visto hasta el momento, recurriendo al Considerando IV del Preámbulo de la Ley 26/2015 en la interpretación de la restricción del art. 19.4 LAI, esta parte del preámbulo se inclina por la seguridad jurídica del menor como pieza clave a tener en cuenta a la hora de validar adopciones con menores procedentes de países donde se prohíbe o no se contempla. En esta línea, la AP argumenta que la ley marroquí, originaria del menor no prohíbe expresamente la adopción, sino que

²⁴ Especialmente tomada como referencia para este apartado M.J. Sánchez Cano en “*Adopción en España de menores en situación de Kafala y ley nacional del adoptando*”. Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2018), Vol. 10, N.º 2, pp. 931-946 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt - DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4414>

²⁵ AAP Islas Baleares (Sec. 4ª) núm. 173/2017 de 25 octubre (JUR\2018\32856).

simplemente no existe esta institución, suponiendo la Kafala la figura de máxima protección de los menores abandonados.

Por este motivo, la sala, de acuerdo con lo previsto en el Considerando II del Preámbulo de la Ley 8/2015 y en el mencionado Considerando IV del Preámbulo de la Ley 26/2015, concluye que debe primar la interpretación más favorable para el interés del menor, siendo esta la de obviar el veto del artículo 19.4 LAI cuando la ley nacional del adoptado no contempla la adopción. En consecuencia, reafirma la resolución impugnada y, por tanto, la validez de la adopción constituida.

B) Hechos y fundamentación AAP Girona

En el caso examinado por el AAP de Girona de 18 de diciembre de 2017²⁶, encontramos una variación respecto a los dos anteriores, pues es la persona titular de la Kafala, asignada previamente por las autoridades de marroquíes, la que recurre la resolución negativa dictada en primera instancia. La apelante, mediante recurso, solicita la revocación del auto por el cual se denegó la constitución de la adopción. El Juez, por su parte, se ciñe en este caso al dictamen del Ministerio Fiscal, del cual hemos hablado en apartados anteriores, quedando reflejada su relevancia práctica en este ámbito. De esta manera, a la vista de la nacionalidad marroquí de menor y adoptante y teniendo en cuenta que la ley nacional de la adoptada sólo prevé la Kafala o acogimiento, entendiendo implícita la prohibición de la adopción, el juez se opone a esta.

Para resolver el recurso, la AP lleva a cabo un razonamiento digno de estudio, pues primero se remite a la doctrina de la DGRN, que establece que los efectos de la Kafala no resultan equivalentes a los de la adopción española, junto al artículo 34 LAI, en cuanto a eficacia. Sin embargo, a continuación, el tribunal alude al artículo 30.4 LAI, en una evidente contradicción argumental, con lo anteriormente citado, pues este precepto está previsto para la conversión de la adopción simple o no plena en una adopción plena del Derecho español y, teniendo en cuenta que la Kafala no puede equipararse a una adopción simple, pues no instituye vínculos de filiación, el razonamiento carece de lógica.

²⁶ AAP Girona (Sec.1ª) núm. 247/2017 de 18 diciembre (JUR\2018\23279)

Con base en este tan inesperado como abrupto giro argumental, el Tribunal aplica para la constitución de la adopción la Ley Española, (a través de los arts. 235 – 44 CCC²⁷, los cuales redirigen), el 18.4 LAI, invocado por la Audiencia Provincial, pues este faculta al Tribunal para acordar la procedencia de esta adopción argumentando, esta vez sí en la línea del auto anterior, el interés de la adoptada, basándolo en la no existencia de institución equivalente y constituyendo la Kafala una figura análoga al acogimiento o tutela permanente. Para reforzar su veredicto, la sala alude también al artículo 20 de la *Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN)*, que contempla el derecho a protección y asistencia especiales, por parte del estado receptor, de los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, cuando esta situación sea en beneficio de sus intereses.

Así pues, la Audiencia Provincial revoca el auto dictado en primera instancia, decretando la adopción del menor en alusión a su positiva integración en la familia receptora. Sin embargo, como en el caso de Cádiz, la sala no hace referencia alguna a la prohibición recogida en el art. 19.4 LAI, y más aún cuando el Juzgado de Primera Instancia había denegado la adopción con fundamento en la limitación contenida en este artículo, como solicitaba el Ministerio Fiscal.

C) Reflexiones y conclusiones sobre ambas decisiones

La principal finalidad de la comparativa viene a ser responder a la cuestión de si los tribunales han interpretado y aplicado correctamente el artículo 19.4 LAI. Lo primero que debemos remarcar es que en ambos casos se ha debido constatar el cumplimiento de los requisitos del art. 34 LAI, conducente a la equiparación de la Kafala con el acogimiento o a la tutela del Derecho Español. En este aspecto, es destacable mencionar que, mientras la Audiencia Provincial de Girona hace constar expresamente en su auto que concurren todas las exigencias del mencionado precepto, nada se dice en el de la balear, si bien debería interpretarse, puesto que la sentencia marroquí por la que se acordó la Kafala ha sido revisada y se menciona que el adoptado se encuentra en situación de acogimiento en España, que se presupone la verificación del cumplimiento de estos requisitos.

Otro punto clave, como en el supuesto de Cádiz, es la circunstancia de que, aunque el niño resida en España y se le aplique la ley española conforme al artículo 18 LAI, el hecho de que

²⁷ Código Civil de Cataluña, ref. BOE-A-2010-13312.

no adquiriera la nacionalidad española como consecuencia de la adopción motivaría que la capacidad del menor se rigiera por su ley nacional en virtud del art. 19.1 LAI, de no ser así, se hubiera descartado automáticamente la aplicación del artículo 19.4. Aunque el hecho de que el adoptando se encuentre perfectamente integrado en España disminuye las posibilidades de que la adopción deba desplegar efectos en Marruecos y, por consiguiente, la constitución de esta resulta lo más adecuado de cara a preservar el interés del menor²⁸.

Al hilo de esto, cierto es que el juez podría descartar, con fundamento en el artículo 19.2 LAI, la aplicación de la ley marroquí, en aras de favorecer la adopción válida en el país de origen, teniendo en cuenta que su legislación no regula esta institución. Este razonamiento sería el idóneo, de no existir, una vez más, la prohibición del apartado 19.4 LAI, que precisamente la impide por esa no regulación. Para más inri, no solo el menor es marroquí, sino que en ambos casos los adoptantes también lo son²⁹, circunstancia que supone menor vinculación con España, multiplicando las posibilidades de que se produzca una adopción claudicante. Con este contexto no se puede estar seguro de que no resulte necesario instar la eficacia de esta adopción ante las autoridades de Marruecos en el futuro.

Pero, además de estas los aspectos comunes tratados, también resulta interesante tomar en cuenta algunas consideraciones de cada una de las decisiones por separado:

Comenzando por el Auto de la AP de las Islas Baleares, lo primero que debe comentarse es que existe una clara contradicción entre lo que dispone el invocado Considerando IV de la Ley 26/2015 y el artículo 19.4 LAI. Sin embargo, el conflicto normativo queda resuelto de manera simple, pues el Tribunal Constitucional ha puntualizado que el Preámbulo de las leyes, “no tiene valor normativo”, sino que se limita a ser, “un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las leyes”³⁰. Es por ello que el razonamiento de la sala, basado en el Preámbulo de la Ley 26/2015 y en el no prohibición expresa la adopción en la ley marroquí, carece de fundamento, puesto que, precisamente la redacción del art. 19.4 LAI obedece, como se analizaba en apartados anteriores, al compromiso asumido por el Gobierno Español con el marroquí, para paliar el problema de las Kafalas solicitadas por españoles, ante el temor de que

²⁸ Tesis defendida por A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González en “*La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008, ”.

²⁹ No se menciona expresamente en los autos, pero se interpreta por los razonamientos del tribunal.

³⁰ STC 36/1981, de 12 de noviembre.

los menores fueran objeto de adopción y educados al margen de la fe islámica una vez en nuestro país.

Por último, respecto a la interpretación que realiza esta sala del 19.4 LAI, priorizando la adopción en interés del menor y no perpetuando la situación de acogimiento, hay que decir que no tiene en cuenta la Jurisprudencia del TEDH, que considera la Kafala una medida de protección de menores reconocida en normas internacionales que garantiza la adecuada vida familiar de estos³¹. Máxime cuando además existe el ya tan mencionado artículo 34 LAI que establece mecanismos para asimilar la Kafala a otras medidas de protección de menores del Derecho Español, como el acogimiento y la tutela.

Respecto al auto de la AP de Girona, recalcar de nuevo la contradicción cuando se cita el artículo 30.4 LAI, para la conversión de la adopción simple, habiendo dicho previamente que la Kafala no puede surtir en nuestro país los efectos de la adopción en cuanto que no establece vínculos de filiación conforme a lo dispuesto en el art. 34 LAI. Es por ello que la mención que realiza la AP del artículo 30.4 LAI, resulta innecesaria y confusa. Tan sólo en correcta su equiparación a un acogimiento o a una tutela, conforme a lo establecido en el artículo 34 LAI, precepto específicamente dedicado a la eficacia en España de las decisiones extranjeras relativas a estas cuestiones y el realmente acertado en este caso.

Al margen de esa contradicción debe hacerse mención también al hecho de que el tribunal aplica la ley española, en virtud del art. 18.4 LAI, que permite la adopción en estos supuestos, siempre que *“lo permitan las normas de derecho internacional privado aplicables.”* Resulta curioso que, pese a que la prohibición del artículo 19.4 LAI fue, en primera instancia, el fundamento para rechazar la adopción, la AP en este caso omite cualquier referencia al artículo 19 LAI, el cual ordena para la capacidad dar entrada a la ley nacional del menor, impidiendo la adopción si dicha ley nacional la prohíbe o no la contempla.

Por último, cabe mencionar también que esta resolución, como la anterior, va contra la doctrina del TEDH por el mismo motivo.

³¹ En especial hable sobre la postura del TEDH N. Marchal Escalona, en «La Kafala, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor: de Estrasburgo a Luxemburgo» La Ley Unión Europea, ISSN-e 2255-551X, número 71, 2019. Con base en la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 26 de marzo de 2019, fundamental en la doctrina sobre los intereses del menor.

4.3 Auto AP de León de 27 de junio de 2019

Para cerrar este capítulo de análisis jurisprudencial, se ha escogido el Auto de la AP de León de 27 de junio de 2019³², puesto que resulta indispensable a tener en cuenta para la finalidad de este trabajo, pues rompe totalmente con la jurisprudencia establecida que hemos visto en los casos anteriores, siguiendo una vertiente mucho más restrictiva y literal de la prohibición del artículo 19.4 LAI frente a una situación como la de los autos de Girona y Baleares. Este fallo pone el broche a una recopilación de sentencias que demuestran la dificultad de la interpretación del precepto y la poca unidad de criterio por parte de los tribunales españoles que existe a día de hoy. Además, nos muestra una nueva vía para el desbloqueo de estas situaciones de Kafalas transnacionales, como es la constitución de un acogimiento familiar permanente, una opción que en el resto de casos no se ha barajado por ninguna de las dos partes, ni como petición subsidiaria ni como solución de los tribunales.

A) Hechos

En este caso, es la adoptante quien recurre el Auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia de León, por el que se deniega el reconocimiento de los efectos de una Kafala constituida en Marruecos con el fin de constituir adopción en España, demandante y menor son de nacionalidad marroquí. El tribunal entiende que el consentimiento no es posible para una institución de naturaleza distinta a la de la adopción. Subsidiariamente solicitaba que, de ser denegada esta autorización para la adopción, se permitiera en su defecto constituir un acogimiento familiar permanente, pretensión que también es denegada en primera instancia.

Pese a la oposición, una vez más del Ministerio Fiscal, que recomienda la desestimación del recurso, la AP de León confirma el Auto desestimando la posibilidad de constitución de la adopción sobre la menor, pero autorizando en cambio un acogimiento familiar permanente, con sorprendente criterio y argumentación.

Este auto pone de nuevo de manifiesto la falta de analogía entre la Kafala y la adopción al no crear la primera un vínculo de filiación. El problema va más allá del reconocimiento de una institución que es extraña a nuestro ordenamiento, pues sin ir más lejos la Kafala está admitida por la *Convención de NU sobre los Derechos del niño de 1989* (art. 20.3) y es por tanto

³² Auto de la Audiencia Provincial de León nº 57/2019, de 27 de junio 2019, CLI: ES: APLE: 2019:922A.

compatible con nuestro orden público. La cuestión real reside en los efectos que produce y el reconocimiento de estos, pues son incompatibles con la adopción y únicamente equiparables a la tutela o al acogimiento familiar permanente al limitarse a reproducir el contenido de la patria potestad del artículo 173CC: obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

B) Razonamientos jurídicos de la sala y conclusiones

La primera cuestión que se plantea la sala es si una vez constituida Kafala en Marruecos, entre nacionales marroquíes residentes en España, cabría reconocer sus efectos a fin de constituir sobre ese menor una adopción ante las autoridades españolas. Respecto a ello, la AP de León manifiesta, en primer lugar, falta de equivalencia de esta institución en el derecho español, admitiendo, eso sí, que estas instituciones de protección extranjeras pueden tener efectos en sede de acogimiento familiar o tutela. Tras esto, la sala no apreciando situación de desamparo, única excepción posible en sede del artículo 19.2 LAI y tomando en cuenta la prohibición del artículo 19.4 LAI para este caso concreto, da respuesta negativa a la petición.

La AP se basa en el tenor de la norma, que considera clara en cuanto a la prohibición de la constitución de la adopción cuando la ley nacional del adoptando la desconozca o prohíba dirigida a la autoridad inicialmente competente, cuyo incumplimiento debe ser la invalidez de la adopción por falta de competencia. Para el tribunal, se trata de una prohibición que solo admitiría excepción en el supuesto de que el menor se halle en situación de abandono o de que este adquiriera la nacionalidad española como interpreta la Fiscalía General en su Dictamen 3/2016. Circunstancias que no se dan en este caso pues pese a la residencia en España, el menor no adquiere la nacionalidad española con la adopción. Al mantener su nacionalidad, el hecho de constituir adopción sobre la base de la Kafala podría generar las anteriormente mencionadas situaciones claudicantes (p.ej. si hubiera familiares afectados por esto en Marruecos) pues la ley marroquí desconoce la adopción.

Como es evidente, la SAP de León destaca por desviarse de otros antecedentes no tan rigurosos de la jurisprudencia española desde la entrada en vigor del artículo 19.4 LAI, con la reforma de 2015. Pues como hemos visto en los apartados anteriores, en otros supuestos se ha admitido el reconocimiento de la Kafala a fines de adopción contra el criterio del Ministerio Fiscal, con argumentos como que la adopción no se prohíbe expresamente, siendo la Kafala la figura de protección máxima para los niños abandonados; concluyendo que debe primar la interpretación

más favorable para el interés del menor; o incluso autorizando la adopción con la positiva integración de la menor como en la familia adoptante como base, posición que, todo sea dicho, ha sido avalada³³ para los supuestos en que el menor se traslada a nuestro país por nacionales españoles y residentes en España, como en el caso de Cádiz analizado.

Y es que, a raíz de este auto de la AP de León, que muchos autores consideran impolutamente resuelto, surge una corriente crítica al resto de decisiones que siguen la línea mencionada³⁴. Pues si su argumento es que la adopción que se constituya en España debe estar sujeta únicamente a ley española (art. 18 LAI), obviando de esta manera el mandato del artículo 19.4 LAI (que es una norma imperativa) y en beneficio del interés del menor, entonces habría que preguntarse cuál es la finalidad de la introducción en 2015 de este precepto y cuál es la función de una prohibición legal que va expresamente dirigida a la autoridad que interviene en la constitución de la adopción.

Cabe recordar además que, como se ha dicho en apartados anteriores, esta norma fue concebida para cumplir una función disuasoria de unos concretos comportamientos, la cual debería haber servido para generalizar la idea de no constituir Kafalas como antesala a una adopción.

Por último, para cerrar el apartado, respecto al interés del menor aducido por otras salas en situaciones similares, siguiendo la corriente de la AP de León debería entenderse que este interés no debería preceder al establecimiento de la filiación adoptiva, pues debería tenerse por cubierto desde un primer momento, dado que dicho interés se va a satisfacer positivamente de todos modos aunque el menor sea acogido, guardado, educado y protegido en el marco de otras instituciones equiparables como es el acogimiento familiar.

C) Posibilidad de acogimiento familiar permanente

Cabe recordar que la demandante solicitaba, subsidiariamente de no acordarse la adopción, un acogimiento familiar permanente. Pretensión que es estimada por la AP, esta vez sí en interés

³³ M.J. Sánchez Cano, *op. cit.*p.18.

³⁴ Postura y argumentación defendidas, especialmente a colación de este auto por M. Guzmán Zapater, en “*Kafala y derecho español tras la reforma de la Ley 54/2007. A propósito del auto AP De León de 27 de junio de 2019*”. Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp. 1036-1043 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt - DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5651>.

de este, al considerarlo acorde a las circunstancias del menor y su familia, revocando así el Auto del Juzgado de Instancia en esta cuestión, que había sido previamente rechazada.

Una vez asentado que la Kafala no se asimila a la adopción de la ley española, sino que lo correcto es equipararlo a la tutela o acogimiento familiar (art. 34 LAI), el tribunal admite el acogimiento familiar permanente para el caso. En este sentido la sala razona que en términos de equivalencia y calificación referidos a la función desempeñada por la Kafala, cuyos efectos se pretenden hacer valer en España, cumple una función similar a la del acogimiento familiar, produciendo la plena participación del menor en la vida familiar e imponiendo en quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral todo ello sin crear vínculos nuevos de filiación, ni romper los anteriores, ni priva de la patria potestad a los padres (173.1 CC).

5.CONCLUSIONES

Con este apartado final, pretendo exponer de una manera más personal y desde una perspectiva nada experta en la materia como es la mía, las conclusiones obtenidas en relación a los objetivos de este trabajo, tras haber estudiado los cuatro autos expuestos y otros tantos, y pudiendo leer análisis y opiniones de personas autorizadas y con experiencia dentro de este ámbito.

Estas conclusiones están basadas en las dos grandes cuestiones que definen el trabajo y a las que se ha pretendido dar respuesta: en primer lugar ¿hasta que punto está la jurisprudencia española unificada en torno a la aplicación del artículo 19.4 LAI? y en segundo lugar ¿Ha cumplido hasta el momento este precepto con la finalidad con la que fue introducido?

Respecto a la primera cuestión, es quizá la pregunta que más objetivamente se puede responder. Se han analizado cuatro resoluciones, de las cuales podemos decir que tres de ellas eran una circunstancia prácticamente idéntica: adoptantes y adoptado de nacionalidad marroquí que vienen a España a constituir adopción con la base de una Kafala instaurada en su país y por sus autoridades. Mientras que en el caso de Cádiz el matiz se encuentra en la nacionalidad española de los adoptantes.

Esto no es una cuestión que pueda pasarse por alto, pues tiene gran relevancia a la hora de resolver, ya que el artículo 22.2 c) CC permitiría al menor adquirir la nacionalidad por haber estado sujeto durante dos años a acogimiento, si los adoptantes fueran españoles, lo que a su vez conllevaría dejar de estar sujeto a la prohibición del artículo 19.4 LAI, es por ello que en la resolución de Cádiz se trata la nacionalidad del menor como un mero trámite y en el resto de casos supone un gran obstáculo.

Aclarado esto, se ha visto durante el análisis jurisprudencial como en los tres casos en los que se declara la adopción los tribunales siguen una línea parecida, en la que tratan de “esquivar” el precepto, buscando otras alternativas a las que darles prioridad, como son el interés del menor, la “conexión social” o integración del menor en la familia que le acoge o incluso el Preámbulo de la Ley 26/2015, mientras que es solo el Auto de León el que aplica el tenor literal del artículo descartando la constitución de la adopción conforme a la Ley Española. Si que hay que añadir que el Ministerio Fiscal siempre se ha mantenido firme a su doctrina.

Con todo, respondiendo a la cuestión de si el criterio de los tribunales está unificado, la respuesta que se ha obtenido parece tender a que sí, pues para bien o para mal, la mayoría de las salas han seguido una argumentación muy similar tratando de priorizar los intereses del

menor. Al margen de si esta es o no la solución adecuada conforme a derecho, solo el auto de León se desvía de esa doctrina, siendo estas cuatro un reflejo del conjunto resoluciones de este ámbito existentes.

Esto nos deja en un buen punto para dar respuesta a la segunda cuestión, relativa al efecto de este precepto en las resoluciones, aquí es donde está realmente la clave. Recordemos que el precepto surge como medida disuasoria de las Kafalas transnacionales, principalmente por el malestar de los países musulmanes, que querían evitar a toda costa que los menores nacionales fueran educados fuera del islam, todo ello porque se daban demasiadas facilidades para la transformación de las Kafalas en adopciones plenas en nuestro ordenamiento.

Para la imposición de esta medida el legislador se basó en dos considerandos especialmente, tales como la vinculación de cada supuesto con nuestro país, con base en la integración del menor y la nacionalidad de este y sus adoptantes y, en segundo lugar, tratar de evitar situaciones claudicantes, precisamente a raíz de una escasa vinculación con el país.

La cuestión es que dicho precepto, en conjunto con su predecesor 19.1 LAI debería impedir la constitución en España de la adopción de un menor cuando su ley nacional la prohíba o no la contemple, si su capacidad se rija por esta, circunstancia que se dará cuando el adoptando no tenga residencia habitual en España al momento de la constitución de la adopción, o si aun residiendo, no adquiriera la nacionalidad como consecuencia de ello. La única excepción posible la sería la prevista en propio 19.4 LAI cuando el menor se encuentre en desamparo y bajo la tutela de la Entidad Pública, situación que no se da en ningún caso de los analizados puesto que siempre se ha constituido Kafala sobre él.

A lo que debemos sumar el hecho de que hay que tener en cuenta que el interés del menor va a quedar protegido de todos modos si se declara un acogimiento o tutela españoles, figuras que no generan problemas puesto que el artículo 34 LAI permite su equiparación a la Kafala.

Es por ello que, en mi opinión, vistas las decisiones analizadas, los tribunales no han cambiado su postura como se pretendía con la entrada del artículo 19.4 LAI, pues pese a su existencia, siguen alegando los mismos argumentos que provocaron la promulgación de este precepto, que, a la vista de las resoluciones, actúa más como un “obstáculo” que los tribunales prefieren evitar, alegando los mismos argumentos que ya se utilizaban con anterioridad.

A la vista de lo argumentado, considero que los tribunales españoles en su mayoría son demasiado permisivos a la hora de constituir adopciones provenientes de Kafalas

transnacionales, permaneciendo anclados en criterios anteriores a la última modificación de la ley y que, a tenor del artículo 19.4 LAI, y de la doctrina del Ministerio Fiscal, la línea mayoritaria a seguir debería acercarse mucho más a la de la AP de León, en el sentido de una interpretación más literal y menos permisiva del precepto.

En resumen, se podría decir que, a mi juicio, el criterio de los tribunales españoles en esta materia se encuentra relativamente unificado, pero no por ello acertado.

6. BIBLIOGRAFÍA

Libros

- CALVO CARAVACA A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., «La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)», Comares, Granada, 2008.

Artículos doctrinales

- DIAGO DIAGO, P., «La Kafala islámica en España» *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2010), ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt.
- GUZMÁN ZAPATER, M., en «Kafala y derecho español tras la reforma de la Ley 54/2007. A propósito del auto AP De León de 27 de junio de 2019». *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2020), <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5651>.
- HERRANZ BALLESTEROS, M., «Tratamiento de la Kafala en España y posterior constitución de una adopción. ley nacional del menor que prohíbe la adopción: flexibilización de la cláusula limitativa (auto de la AP De Cádiz [sección 5ª] de 27 de noviembre de 2021)» *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2021), DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6293>.
- MARCHAL ESCALONA, N., «La Kafala marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana», *Revista internacional de Derecho y Jurisprudencia* nº3, 2013, Universidad de Almería, <http://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/1782>.
- MARCHAL ESCALONA, N., «La Kafala, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor: de Estrasburgo a Luxemburgo» *La Ley Unión Europea*, ISSN-e 2255-551X, número 71, 2019.

- ORBEGOZO MIGUEL, X., «Imposibilidad de privar de potestad parental a los padres biológicos en virtud de una “Kafala” en España (SAP Barcelona 11 junio 2020)» *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2021), DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6009>.
- QUIÑONES ESCAMEZ, A., RODRÍGUEZ BENOT, A., ZEKRI, H. Y OUHIDA, J., «Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes», Madrid, FIIAP, 2009.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E., «La protección en España de menores cuya ley nacional prohíbe la adopción» *Derecho Privado y Constitución*, 31, 387-415. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.31.09>.
- SÁNCHEZ CANO, M.J., «Adopción en España de menores en situación de Kafala y ley nacional del adoptando». *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2018), Vol. 10, www.uc3m.es/cdt-DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4414>.
- VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., «Prohibición de constituir una adopción *ex novo* en España tras la Kafala en el país de origen: de nuevo sobre las dudas de interpretación [AAP Cádiz 1500/2020 y AAP Logroño 173/2021]» *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2022), DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6730>.

Legislación:

- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.
- Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 44/25).
- Mudawana (مدونة), código de familia de Marruecos.

Jurisprudencia:

- Auto Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) en su Auto núm., 243/2020 dictado el 27 de noviembre (ROJ: AAP CA 717/2020)
- Auto Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sec. 4ª) núm. 173/2017 de 25 octubre. (ROJ: AAP IB 315/2017)
- Auto Audiencia Provincial de Girona (Sec.1ª) núm. 247/2017 de 18 diciembre. (ROJ: AAP GI 1116/2017)
- Auto de la Audiencia Provincial de León núm. 57/2019, de 27 de junio. (ROJ: AAP LE 922/2019)
- Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) núm.72/2018 de 12 de marzo. (ROJ: AAP CA 561/2018)
- Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) núm. 254/2020 de 11 de diciembre (ROJ: AAP CA 1500/2020).
- Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 15 de Julio de 2006. (BOE núm. 207, de 30.08.2006)
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 36/1981, de 12 de noviembre. (ECLI:ES:TC:1981:36)
- Sentencia TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso, de 3 de abril 2008 (ROJ: STSJ M 5845/2008).
- Circular 8/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores (FIS-C-2011-00008).