

ADOPCIÓN EN ESPAÑA DE MENORES EN SITUACIÓN DE KAFALA Y LEY NACIONAL DEL ADOPTANDO

ADOPTION IN SPAIN AND NATIONAL LAW OF THE ADOPTING

M^a JESÚS SÁNCHEZ CANO

Profesora Ayudante Doctora Universidad San Jorge

Recibido: 06.06.2018 / Aceptado: 12.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4414>

Resumen: La ley española sólo ofrece dos posibles soluciones a los ciudadanos que constituyen una *Kafala* en un país islámico: el reconocimiento, sin más pretensiones, a través del artículo 34 LAI o la constitución de una nueva adopción en España conforme a la ley española. Ahora bien, el artículo 19.4 LAI impide la adopción cuando la ley nacional del adoptado la prohíba o no la contemple, lo que sucede en la mayor parte de los Estados musulmanes. Corresponde a los Tribunales españoles interpretar el sentido de esta prohibición, atendiendo las circunstancias del caso concreto y en particular, al grado de integración del menor en nuestro país, junto con las posibilidades de que se constituya una adopción claudicante.

Palabras clave: adopción, *Kafala*, Ley de Adopción internacional

Abstract: Spanish law only offers two possible solutions to the citizens which constitute a *Kafala* on an Islamic country: the recognition, without more pretensions, through article 34 LAI or the creation of a new adoption in Spain in accordance with Spanish law. Now, article 19.4 LAI prevents the adoption when the adopted national law prohibits it or do not regulate it, what happens in most of the Muslim States. It corresponds to the Spanish courts interpret the meaning of this prohibition, taking account of the circumstances of the specific case and in particular to the degree of integration of the child in our country, along with the possibilities of that constitute a claudicator adoption.

Keywords: adoption, *Kafala*, International Adoption Law.

Sumario: I. La adopción de menores procedentes de países islámicos: panorama general. II. Breve referencia a la *Kafala* de Derecho islámico y su eficacia en nuestro país. III. Examen del art. 19.4 LAI: Delimitación de su contenido y alcance. IV. Análisis de los Autos de la AP Islas Baleares 25 octubre 2017 y de la AP Girona 18 diciembre 2017. 1. Extracto de ambas resoluciones 2. Reflexiones en torno a los fallos de las dos decisiones V. Conclusiones.

I. La adopción de menores procedentes de países islámicos: panorama general

1. Hasta fechas relativamente recientes, las adopciones de menores procedentes de países musulmanes no han sido demasiado frecuentes en nuestro país. A ello no es ajeno que el Corán prohíbe la institución adoptiva, si bien contempla la protección de los menores y la pondera en diferentes suras¹.

¹ A este respecto, resulta muy ilustrativo el razonamiento que se ofrece de los orígenes de la institución de la *Kafala* en H. ZEKRI Y J. OUHIDA, “Capítulo I: La *kafala* en el Derecho marroquí”, A. QUIÑONES ESCAMEZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, H. ZEKRI Y J.

Esta prohibición ha sido tomada en consideración en los Estados musulmanes, hasta el punto de que sólo tres países de este ámbito contemplan la adopción en su Derecho positivo².

2. Pese a todo, en los últimos años, las solicitudes de adopción de las familias españolas fueron experimentado un notable incremento, muy particularmente, en relación con menores que, previamente, habían sido objeto de una *Kafala* en Marruecos³. Ello motivó la introducción de restricciones por parte de las autoridades marroquíes respecto de los solicitantes extranjeros, por lo que concierne a la constitución de la *Kafala* de Derecho marroquí, ante el temor de que los menores fuesen educados en los países de recepción fuera de la fe islámica⁴, lo que conllevaría una grave trasgresión de la figura misma de la *Kafala*⁵. Concretamente, por el Ministerio de Justicia y Libertad marroquí se dictó la Circular n^o 40 S/2 de Justicia, en la cual se insta a las autoridades competentes para decretar una *Kafala* en dicho país a verificar si el solicitante extranjero tiene su residencia habitual en Marruecos y de no ser así, proceda a denegar la constitución de la *Kafala*⁶, debido a las dificultades para controlar el cumplimiento de las obligaciones que comporta esta institución⁷. Esta es la razón de que el Gobierno español asumiera el

OUHIDA, *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAP, 2009, pp. 11-125. En esta obra se explica también como la prohibición de la adopción se recogió en los versos 5, 37 y 38 de la *Ázora de los Partidos (Al-Ahzab)*. En lo referente al Derecho positivo, hay que reseñar que la *Mudawana* o Código de la Familia de Marruecos, en su art.149, declara la nulidad jurídica de la adopción (*Attabani*), así como que la misma no desplegará ninguno de los efectos de la filiación legítima. Si que se regula en el segundo párrafo del citado precepto la institución conocida como *Yaza* (adopción de gratificación) o *Tanzil* (adopción testamentaria), que tiene carácter sucesorio, pero que no instituye vínculo de filiación alguno).

² Debe observarse que tan sólo existe regulación positiva de la adopción en Turquía, Túnez e Indonesia. En este sentido, Vid. *Rapport n^o164, Sénat, Session ordinaire de 2000-2001, Annexe au procès-verbal de la séance du 20 décembre 2000*, p.15, y *Ficha n^o 51*, Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia (SSI/CIR), Diciembre, 2017, en la que, además, se hace referencia a la legislación de Pakistán, que contempla la adopción de menores no musulmanes por adoptantes nacionales o extranjeros, igualmente, no musulmanes. Nótese que Turquía incluso ha ratificado el Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. a se ha adherido al Convenio de la Haya acigulaci

³ Dicha circunstancia se pone de manifiesto en A. RODRÍGUEZ BENOT, “Capítulo II: Eficacia de la *kafala* ante el ordenamiento español”, A. QUIÑONES ESCAMEZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, H. ZEKRI Y J. OUHIDA, *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAP, 2009, pp. 129-130.

⁴ En este punto, cabe precisar que la *Kafala* de menores abandonados fue regulada por primera vez en Marruecos, siguiendo los mandatos de la *Sharia*, por el *Dahir* n^o 1/93/165, de 10 de septiembre de 1993, estando recogida en la actualidad en la Ley n^o 15-01, promulgada por el *Dahir* n^o1/02/172, de 13 de julio de 2002. El art. 2 de la citada norma dispone que: “*El acogimiento (la Kafala) de un menor abandonado, en el sentido de la presente ley constituye el compromiso de asumir la protección, la educación y la manutención de un menor abandonado de la misma manera que lo haría un padre por su hijo. La Kafala no dará derecho a la filiación ni a la sucesión.*” Igualmente, del art. 24 en relación con el art. 9 se deduce que la legislación marroquí permite la *Kafala* internacional, si bien exige que los cónyuges a los que se confie profesen la fe musulmana, de donde se desprende la obligación del *kafil* de educar al *makful* en la religión islámica.

⁵ A este respecto, se ha puesto de relieve la existencia de “*Kafalas* fraudulentas”, entendidas como aquellas en las que un *kafil* de nacionalidad española se ha trasladado a un país musulmán, manifestando que practica el Islam y comprometiéndose a educar al *makful* en dicha religión, con la única finalidad de, una vez acordada la *Kafala*, constituir ante las autoridades españolas y conforme a la ley española, una adopción *ex novo*. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.II, Décimaquinta Edición, 2014-2015, Granada, Comares, 2014, pp. 393-394. Otros autores han indicado como el ocultamiento o fraude deliberado a la normativa del países de origen del adoptando por los adoptantes, durante la tramitación del expediente administrativo previo por la Entidad Pública competente, podría tener como consecuencia la no concesión del certificado de idoneidad, como así se establece en distintas normas autonómicas. En esta línea, puede consultarse, S. ADROHER BIOSCA, “Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español (1)”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, N^o 701, mayo/junio 2007 pp. 994 – 995.

⁶ Ello 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. Así lo explica, N. MARCHAL ESCALONA, “La *Kafala* marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana”, *Revista internacional de Derecho y Jurisprudencia* n^o3, 2013, Universidad de Almería, <http://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/1782>.

⁷ Este seguimiento está previsto en el art. 24 en relación con el art. 22 de la Ley n^o 15-01, promulgada por el *Dahir* n^o1/02/172, de 13 de julio de 2002. De otro lado, para comprender la magnitud de los inconvenientes que comportan las *Kafalas* transnacionales cuando se utiliza como subterfugio para una posterior constitución de una adopción en España, quizás resulte interesante mencionar las observaciones realizadas por la delegación egipcia durante los trabajos preparatorios del CH 1993. Así, Egipto presentó el Documento de trabajo n^o124, en el cual proponía que se añadiese un nuevo artículo al Capítulo II, estableciendo expresamente que el Convenio no sería aplicable a ciudadanos que considerasen que la adopción resultaría contraria a su Derecho

compromiso ante las autoridades marroquíes de modificar la normativa española, con el fin de evitar la constitución en España de adopciones respecto de niños marroquíes que hubieran sido objeto de *Kafala* en el vecino país. La existencia de dicho compromiso ha dado lugar al nuevo art. 19.4 LAI⁸, introducido por 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 con el siguiente tenor literal: “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 previsión, el legislador español pretendió impedir la constitución en España de una adopción después de haberse decretado una *Kafala* en el Estado de origen del menor⁹, evitando, de este modo, las adopciones claudicantes¹⁰.

3. Hay que señalar también que, desde la perspectiva de los Derechos territoriales que coexisten en nuestro país, el Código de Derecho Civil de Cataluña ofrece una solución sobre la cuestión planteada y lo hace en su art. 235-44-4, en el cual se permite al Juez decretar de forma excepcional la adopción en relación con menores procedentes de países que no contemplen la adopción ni ninguna otra institución equivalente, cuando se encuentren en situaciones equiparables al acogimiento o a la tutela que se hayan constituido en el extranjero con finalidad protectora permanente. Ahora bien, son requisitos imprescindibles que la constitución de la adopción sea necesaria para el interés del menor, que lo permitan las normas de Derecho Internacional privado aplicables y que la entidad pública competente de la residencia de la familia emita el certificado de idoneidad respecto a la persona o personas que lo tienen confiado y solicitan su adopción.

4. Dicho esto, cabe preguntarse si con la legislación actualmente en vigor se ha conseguido solventar el problema que suscitaban las *Kafalas* transnacionales y que, justamente, promovió la incorporación de la limitación del art. 19.4 LAI. La respuesta, sin ningún género de dudas, ha de ser negativa, atendiendo a la práctica de los Juzgados y Tribunales españoles. Ya desde la entrada en vigor de la LAI, la corriente mayoritaria se inclinó por constituir la adopción de menores en situación de *Kafala*, en el supuesto de que éstos residieran en España al tiempo de la adopción y adquiriesen la nacionalidad española como consecuencia de la misma, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 18 y 19 LAI¹¹. Más todavía, lo

interno. De este modo, se intentaban evitar los perjuicios que pudiera causar la adopción a menores que, siendo nacionales de países que prohibiesen la adopción, residieran habitualmente en otro Estado que sí que contemplase dicha institución. La propuesta iba en la línea de la excepción de orden público, aunque permitía el reconocimiento de la adopción por un Estado, en interés del menor, en casos de necesidad, y ello, aún considerándola contraria a sus principios fundamentales. Esta opción no fue finalmente incorporada al Convenio. Vid. G. PARRA ARANGUREN, *Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. Informe explicativo*, p.22, <http://www.hech.net/upload/brochure33es.pdf>.

⁸ De forma similar, el art. 17.4 del Anteproyecto y el art. 19.4 del Proyecto de Ley de Adopción Internacional, prohibían la constitución de una adopción respecto de un menor cuya ley nacional no permitiese o no conociese esta institución, salvo que, tal como se añadió en el Proyecto, el menor estuviese en situación de desamparo o bajo la tutela de la Entidad Pública española de protección de menores, y no se pudiera proceder a su repatriación, tras comunicar dicha situación a las autoridades competentes de su país. Ello, sin perjuicio de poder acordar otra medida de protección de menores. Esta previsión fue suprimida durante la tramitación parlamentaria de la ley, como consecuencia de la aprobación de las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds y el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados. En ambos casos, se pusieron de relieve los inconvenientes que podrían derivarse de la aplicación de dicho precepto en relación con la *Kafala*, al mismo tiempo que se proponía una solución más acorde con el interés del menor, particularmente, en aquellos casos especialmente vinculados con nuestro país, en los cuales resultase improbable que se produjesen adopciones claudicantes. Vid. DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 949, de 22/11/2007, BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 143-12, de 27/11/2007.

⁹ Así lo pone de manifiesto S. ADROHER BIOSCA, en “Capítulo 1: La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por las Leyes 8/2015 y 26/2015: Razones del proceso de elaboración y principales novedades”, M.V. MAYOR DEL HOYO (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma Legislativa de 2015*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2017, p. 55.

¹⁰ El Considerando IV del Preámbulo 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) contiene una justificación a la incorporación de esta limitación. Así, el legislador español explica que se trata de “evitar la existencia de adopciones claudicantes que atentan gravemente a la seguridad jurídica del menor (artículo 19.4)”.

¹¹ Vid., p.ej, entre otras muchas, AAP Barcelona, (Sección 18^a, A), núm. 181/2008, de 8 de Julio (JUR 2008\315373) y núm.269/2008 de 30 de Octubre (JUR 2009\77866), AAP Barcelona (Sec.18^a), núm.153/2011, de 27 de Junio (AC 2011\2030),

cierto es que esta doctrina jurisprudencial se sigue manteniendo con posterioridad a la Ley 26/2015, incluso, con la oposición del Ministerio Fiscal y aún cuando el adoptado, residiendo en España, no adquiriera la nacionalidad española en virtud de la adopción¹². Ejemplo de ello son las dos resoluciones que se analizarán en el presente trabajo: AAP Girona 18 diciembre 2017 y AAP Islas Baleares 25 octubre 2017¹³.

5. A la vista del contexto en el que nos encontramos, surgen, asimismo, una serie de dudas. En primer lugar, es posible cuestionarse si la constitución en España de la adopción de un menor cuya ley personal la prohíbe o no la contempla, resultaría contraria al propósito de la LAI de favorecer la validez de la adopción en el país de la nacionalidad del adoptando. Por el contrario y en segundo término, se genera el interrogante de si la escasa vinculación del adoptando con el país de su nacionalidad, cuya legislación prohíbe la adopción, atendiendo a circunstancias tales como la residencia en España del adoptado y de los adoptantes o la nacionalidad española de éstos, resulta suficiente para que las autoridades españolas decreten la adopción, con el argumento de que en nada perjudicará a la sociedad del Estado del que es nacional el adoptando, en el cual, lo normal es que no tenga que desplegar ningún efecto.

6. Con la intención de dar una respuesta adecuada a los problemas planteados, seguidamente, se estudiará brevemente el tratamiento que se ha venido otorgando en España a la *Kafala* desde la perspectiva de su eficacia en España, junto con el régimen del vigente art. 19.4 LAI. De ahí se extraerán una serie de conclusiones que, puestas en relación con las decisiones de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares y de la Audiencia Provincial de Girona, permitirán determinar si la interpretación que están haciendo nuestros Tribunales de la prohibición del apartado 4 del art. 19 LAI es la más ajustada al sentido de la norma y al espíritu de la reforma efectuada por la Ley 26/2015.

II. Breve referencia a la *Kafala* de Derecho islámico y su eficacia en nuestro país

7. Teniendo en cuenta que las dos resoluciones estudiadas parten de la existencia de una *Kafala* constituida previamente a la solicitud de adopción, no está de más poner de relieve algunas consideraciones, que complementan lo explicado en el primer apartado del presente trabajo.

o el AAP de Cantabria (Sección 2^a) núm. 71/2015 de 30 de Abril (JUR 2015\275325). Aquí, cabe precisar que existe alguna resolución que deniega el establecimiento de la adopción respecto de un menor marroquí que se encuentra en situación de *Kafala* intrafamiliar, pero, en estos casos, el motivo de la denegación lo constituye el hecho de que el menor no ha sido declarado en situación de abandono o desamparo por una resolución dictada por las autoridades marroquíes (Vid. AAP Barcelona, (Sección 18^a, A) núm.230/2011, de 3 Noviembre (JUR 2012\33503).

Con anterioridad a la LAI y respecto del antiguo art. 9.5 Cc, este criterio también fue acogido en algunas resoluciones. Puede traerse a colación el AAP de Málaga de 19 de diciembre de 2002, el cual, tratándose de adoptandos de nacionalidad marroquí y residentes en Marruecos, avala la decisión del Juzgado de Primera Instancia, que denegó la petición de su adopción “*por ser la ley aplicable la marroquí y no existir en su derecho la institución de la adopción*”. También cabe citar el AAP Cádiz (Sección 6^a,), Auto núm. 12/2006 de 3 de Marzo (JUR 2006\241802), en el cual, se rechazó la constitución de una adopción de un mayor de edad marroquí por parte de ciudadanos marroquíes, sobre la base de que en el Reino de Marruecos no existe la adopción, sino otras instituciones de protección de menores, tales como la *Kafala*, añadiendo que, pese a que la parte recurrente invocaba una pretendida violación del derecho a la protección de la familia, ello no resultaba contrario a nuestro orden público internacional, más todavía, como era el caso, tratándose de un adoptando mayor de edad. Aún va más allá este último Auto, al precisar, citando al Prof. Calvo Caravaca, que cualquier otra decisión supondría un quebranto de “*los modelos jurídicos de organización social de aquellos estados de forma injustificada*”. Por último, si bien no se ocupa directamente de la constitución de la adopción respecto de menores que la tienen prohibida por su ley personal, hay que hacer mención a la STSJM, Sala de lo Social, Sec. 3^a, núm. 58/2008, de 31 de enero (AS 2008\959), en tanto que analiza la cuestión al dirimir si un menor que ha sido objeto de *Kafala* tiene derecho a percibir pensión de orfandad. Pues, bien, debe hacerse hincapié en como la citada resolución, para resolver la cuestión principal, parte de la base de que los menores en situación de *Kafala* no pueden ser adoptados por aplicación de su ley personal.

¹² Con la finalidad de interpretar el alcance de la restricción introducida en el art. 19.4 LAI, la Fiscalía General del Estado ha emitido 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*”, en la que se establecen los criterios que deben regir para aplicar dicha prohibición.

¹³ Concretamente, se trata del AAP Girona (Sec.1^a) núm. 247/2017 de 18 diciembre (JUR\2018\23279) y del AAP Islas Baleares (Sec. 4^a) núm. 173/2017 de 25 octubre (JUR\2018\32856).

8. Como ya se ha indicado, la institución de la *Kafala* de Derecho islámico y por tanto, también la *Kafala* de Derecho marroquí, resulta desconocida en el Derecho español y por consiguiente, no es equivalente a la figura de la adopción plena tal como se contempla en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido se ha manifestado la DGRN, y por tanto, ha concluido que no pueden ser objeto e reconocimiento en nuestro país como propias adopciones¹⁴. También se ha señalado que esta figura no puede equipararse a la institución de la adopción simple, en tanto que no comporta en establecimiento de vínculos de filiación¹⁵.

9. Es, justamente, este último dato, es decir, el hecho de que la *Kafala* no instaure una relación de filiación, el que determina que una *Kafala* constituida en un país islámico, que deba desplegar efectos en nuestro país, nunca pueda beneficiarse del sistema de reconocimiento previsto en el art. 26 LAI, en tanto que no superará el control de equivalencia de efectos a que se refiere su apartado 2. Pero, no sólo eso, sino que, además, esta institución tampoco podrá surtir efectos en España como una adopción simple o no plena, en los términos del art. 30.1 y 2 y en consecuencia, no podrá ser objeto de conversión en una adopción tal y como se regula en Derecho español, en aplicación del art. 30.4 LAI.

10. Ante semejante perspectiva, las familias españolas que constituyan una *Kafala* en un país islámico sólo tienen dos posibilidades: o bien acudir, sin perjuicio de lo dispuesto en el CH 1996¹⁶, a la vía del art. 34 LAI, con lo cual, si se cumplen todos los requisitos, se equiparará a un acogimiento o a una tutela previstos en la ley española¹⁷; o bien, una vez obtenida la equiparación, solicitar la constitución *ex novo* de la adopción en nuestro país, de conformidad con lo previsto en la propia LAI en cuanto a competencia judicial internacional y ley aplicable¹⁸, sin que sea necesaria la propuesta previa de adopción por parte de la Entidad Pública española competente, en tanto que el menor se encuentra acogido legalmente o bajo la tutela de un español, tal como previene el art. 176.2 Cc¹⁹.

¹⁴ Vid. Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales.

¹⁵ Respecto de esta institución, la DGRN (Vid., por todas, RDGRN núm. 5/2006 de 27 febrero) ha declarado de forma reiterada que “no guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el ordenamiento español: no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados; no implica alteración del estado civil de éstos, y solo alcanza a establecer una obligación personal por la que el “adoptante” se hace cargo del “adoptado” y ha de atender a sus necesidades y manutención.”

Asimismo, autores como Calvo Caravaca y Carrascosa González añaden que la *Kafala* no tiene como consecuencia la atribución de la patria potestad a su titular y por consiguiente, el menor no podrá optar a la nacionalidad española conforme al art. 20.1 Cc, ni, por supuesto, tampoco la adquirirá en virtud del art. 19.1 Cc.. Vid. A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre sobre adopción internacional, (Reflexiones y comentarios)*, Granada, Comares, 2008, pp. 309-316.

¹⁶ El Convenio Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (*hecho el 19 de octubre de 1996*) fue ratificado por Marruecos en fecha 22-8-2002 y está vigente en dicho país desde el 1-12-2002. Por lo demás, la *Kafala* constituye una medida de protección de menores cubierta por el ámbito de aplicación de este Convenio (art. 3.e). Vid. <https://www.hch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=70>.

¹⁷ El legislador español no ha optado por reconocer la institución de la *Kafala* como tal *Kafala* de Derecho islámico, sino que ha seguido en este punto la técnica de la “calificación funcional”, reconociéndola como un acogimiento o una tutela de Derecho español, según algunos autores, con el único propósito de posibilitar la posterior adopción del menor objeto de *Kafala*, por las autoridades españolas, sin necesidad de la propuesta administrativa previa. Vid. A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *La Ley 54/2007...cit*, pp. 312-315. En esta misma línea se manifestó la DGRN respecto de la legislación anterior a la LAI, al dejar sentado que las *Kafalas* “nunca podrán ser reconocidas en España «como adopciones», sino que, a través de la técnica jurídica propia del Derecho Internacional Privado de la «calificación por la función», puede entenderse que tales instituciones, desconocidas para el Ordenamiento jurídico español, desarrollan en el Derecho extranjero una función similar a la que despliega, en Derecho español, el «acogimiento familiar» (...).” Vid., por todas, RDGRN núm. 5/2006 de 27 febrero. No obstante, un sector doctrinal sostiene que el legislador español debería reconocer los efectos que atribuye en cada caso a la *Kafala* el ordenamiento jurídico extranjero. Vid. N. MARCHAL ESCALONA, “Problèmes actuels de reconnaissance de la kafala marocaine auprès des autorités espagnoles”, *Paix et Sécurité Internationales*, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 197-230.

¹⁸ Arts. 14-17 en relación a la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en materia de adopción internacional y arts. 18-23 por lo que se refiere a las normas de conflicto que designan el Derecho aplicable.

¹⁹ Esta misma opinión es compartida por A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *La Ley 54/2007...cit*, pp.316-317.

11. En lo referente al sector de la ley aplicable, conviene puntualizar que en la actualidad y tras la supresión del art. 21 LAI por la Ley 26/2015²⁰, sólo cabe la constitución de una adopción en nuestro país conforme a la ley española, de acuerdo con el art. 18, estando únicamente permitida la aplicación de una ley extranjera, con arreglo a los arts. 19 y 20 LAI, para la capacidad y declaraciones de voluntad necesarias. No hay que dejar de lado que el art. 19.1 LAI ordena que la capacidad del adoptando quede sujeta a su ley nacional tanto cuando el adoptando resida fuera del territorio español en el momento de constitución de la adopción, como si, pese a residir en España, no adquiere la nacionalidad española como consecuencia de la adopción. En principio, debe ponerse de manifiesto que la aplicación de la ley nacional del adoptando es imperativa, de concurrir los presupuestos exigidos por el art. 19 LAI, o lo que es lo mismo, la autoridad española que constituya la adopción estará obligada a recurrir a la ley nacional del adoptando en todo lo referente a su capacidad para ser adoptado²¹. Ahora bien, el párrafo 1 del art. 19 LAI se ve matizado por el apartado 2, que supedita la aplicación de la ley nacional del adoptando por las autoridades españolas a que con ello se facilite la validez de la adopción en el país del cual es nacional el adoptado, lo que indiscutiblemente no sucederá si el menor es nacional de un país que no contempla la adopción o que incluso, la prohíbe.

12. No obstante, poniendo en relación lo anterior con el apartado 4 del art. 19 LAI, es obvio que la incorporación de este nuevo párrafo contenido y alcance del art. 19.4 LAI idicantes y en solventarrr laude la enido la incorporacidesbloquear la tramitacies rt. 19.1 Ccpor la Ley 26/2015 supone un cambio relevante respecto del régimen anterior, que incide sobre la constitución de una adopción en aquellos supuestos en que se haya obtenido el reconocimiento de la *Kafala ex art. 34 LAI*. Primeramente, porque condiciona las facultades que otorga al Juez el art. 19.2 LAI para no dar entrada a la ley extranjera que rige la capacidad del adoptado, sobre la base de que no favorece la validez de la adopción en el país de la nacionalidad del adoptado, y en su lugar, aplicar la ley española, que permitiría la constitución de la adopción. Y en segundo término, en tanto que limita las posibilidades de constituir la adopción en aquellos casos en que la ley nacional del adoptado prohíba o no contemple la institución adoptiva. Más aún, atendiendo a que la citada reforma trae causa de la controversia que condujo a la paralización por las autoridades marroquíes de la tramitación de las *Kafalas* en relación con los solicitantes españoles y teniendo en cuenta que el propósito que ha inspirado al legislador reside en impedir las adopciones claudicantes. Dadas las circunstancias, parece oportuno precisar el sentido del art. 19.4 LAI, tarea ésta que se abordará en el siguiente epígrafe.

III. Examen del art. 19.4 LAI: Delimitación de su contenido y alcance

13. Particularmente interesante resulta el estudio del apartado cuarto del art. 19.4 LAI, en tanto que, como ya se ha apuntado, vuelve a incorporar una disposición cuyo contenido ya estaba previsto en el Anteproyecto y en el Proyecto de Ley de Adopción Internacional y que fue suprimida durante la tramitación parlamentaria de la LAI²².

14. Importante es también recordar aquí las valoraciones doctrinales que se hicieron en relación con la previsión contenida en el Proyecto, puesto que de las mismas pueden extraerse consecuencias relevantes a la hora de interpretar el actual art. 19.4 LAI. Así, algún autor manifestó su desconcierto ante la decisión del legislador español de establecer una sola regulación, en la cual, al igual que con la norma actualmente en vigor, no se distinguían los casos en que la ley nacional del adoptado desconoce la adopción de aquellos en que ésta se encuentra prohibida, al mismo tiempo que criticó que el

²⁰ Recuérdese que, con anterioridad a la citada reforma, la LAI distinguía entre adopción regida por la ley española (arts. 18-20) y adopción regida por la ley extranjera (art. 21).

²¹ De este modo, se favorece la constitución de la adopción en España cuando la misma no resulta posible por no reunir el adoptando alguno de los requisitos de capacidad reclamados por la ley española. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, pp.130 y 131.

²² Recuérdese lo dicho en la nota al pie nº8.

art. 19.4 del Proyecto subordinaba la protección del menor al requisito de la armonía internacional de soluciones²³.

15. Otra corriente doctrinal consideró acertada la no incorporación al texto definitivo de la LAI del apartado 4 del art. 19, básicamente, porque dicho precepto no se ajustaba al espíritu del art. 18, que, aún hoy, recoge lo que algunos autores han denominado la “conexión social”²⁴, que lleva a aplicar la ley española a la constitución de la adopción en aquellos supuestos en que el adoptado está integrado o va a integrarse en nuestro país. Este sector de la doctrina sostenía que, en estos casos, generalmente, la vinculación del adoptado con el país de su nacionalidad, cuya legislación prohíbe la adopción, resulta poco significativa, máxime si, como es lo más habitual, los adoptantes también residen en España e incluso ostentan la nacionalidad española, motivo por el cual, la adopción en nada perjudicará a la sociedad del Estado del que es nacional el adoptado, en el cual, lo normal es que no tenga que desplegar ningún efecto²⁵.

16. Esta misma idea parece haber sido asumida por la Fiscalía General del Estado, tras la entrada en vigor del texto original de la LAI en la *Circular 8/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores*. Concretamente, en el Considerando XIII de esta Circular se analiza el tratamiento de la *Kafala*, concluyendo que cuando se inste un expediente de adopción en el cual el menor resida en España y sometido a la *Kafala* de un ciudadano español o con residencia habitual en nuestro país, los tribunales españoles dispondrán de competencia para acordar la adopción (art. 14 LAI) y aplicarán la ley española (art. 18.1 LAI), sin que la prohibición o desconocimiento de esta institución por la ley nacional del adoptado sea un obstáculo para la constitución de la adopción²⁶.

17. En cuanto a la prohibición que recoge el actual art. 19.4 LAI, a lo ya explicado a lo largo del presente trabajo, cabe añadir que el legislador español, en su afán de evitar adopciones claudicantes, ha introducido como límite que el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública, pues existen pocas probabilidades de que la adopción deba de producir efectos en el país de la nacionalidad del adoptado, cuya ley prohíbe o no regula la adopción, sobre todo, si los adoptantes son españoles y residen en España²⁷.

18. Por lo demás, cierto es que hay sectores que consideran adecuada la reforma, toda vez que palía en buena medida los conflictos que suscitó el uso fraudulento de la *Kafala*, a la par que garantiza el respeto a la legislación de los países de origen de los menores²⁸. Sin embargo, tampoco puede desconocerse que, como ya se ha señalado, el vigente art. 19.4 LAI no solventa el problema de las *Kafalas*

²³ Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El Proyecto de Ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad Civil*, Nº 22, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 Dic. 2007, pág. 2597, tomo 2, Editorial La Ley. En esta obra, el autor critica igualmente que detrás de las prohibiciones de adopción existen ideas religiosas, que son extrañas a la concepción laica que inspira el sistema español, a las cuales se supedita la solución ante una situación que necesita protección.

²⁴ Esta expresión es la empleada por A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, p.118.

²⁵ Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, pp.118 y 119.

²⁶ https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_voll_circu_08.pdf?idFile=622a8616-21e8-4e66-9851-f9653fe94d03.

²⁷ Aquí, hay que hacer notar que el vigente art. 19.4 LAI no contempla la referencia a la imposibilidad de repatriación del menor, una vez comunicada la situación a las autoridades de su país de origen, tal y como venía recogida en el Proyecto de Ley de Adopción Internacional, antes de la tramitación parlamentaria, lo que parece mucho más acorde con el interés del menor. Como algún autor afirmó en su momento, semejante previsión hacía prevalecer la condición de inmigrante sobre la necesidad de protección. Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El Proyecto de Ley sobre adopción internacional: una crítica...cit.”

²⁸ Vid. A. DURÁN AYAGO, en “Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, p. 444 y A. LÓPEZ AZCONA, “Lucas y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, Núm. 2185, Enero de 2016, p.79. En la misma línea, también puede consultarse *el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, p.92, en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-Proteccion-a-la-Infancia>.

transnacionales, en las cuales el menor es trasladado a nuestro país, inmediatamente después de su constitución, por sus titulares, que suelen ser españoles y con residencia habitual en España²⁹.

19. Ante las dudas que genera la redacción del apartado 4 del art. 19 LAI, la Fiscalía General del Estado ha emitido un dictamen, en el cual fija los criterios para aplicar la prohibición que el mencionado precepto establece. Resumiendo, la Fiscalía deja bien sentado que dicha restricción regirá cuando se constate suficientemente que la legislación del país del que es nacional el adoptando prohíbe o no contempla la adopción, como es el caso de Marruecos. Además, exige que el menor no adquiriera la nacionalidad española en virtud de la adopción, manteniendo, por tanto, la suya de origen. Por último, conforme al último párrafo del art. 19.4 LAI, la Fiscalía indica que la mencionada restricción no operará cuando el menor esté en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública³⁰.

20. En cualquier caso, la prohibición del nuevo art. 19.4 LAI no es una solución extraña a nivel de Derecho comparado y así, es posible encontrar en los países de nuestro entorno normas que establecen ciertas cautelas a la hora de constituir una adopción respecto de un menor cuya ley nacional desconoce o prohíbe la institución. En este sentido, cabe mencionar las respuestas previstas en el Derecho belga y en el Derecho francés, por ser donde se ha planteado de forma especial la problemática de las adopciones de menores procedentes de Estados que desconocen o prohíben la institución adoptiva y principalmente, por lo que respecta a menores en relación con los que se ha establecido una *Kafala*.

21. Así, en lo referente al Derecho belga, la *Loi du 6 décembre 2005* incluyó preceptos específicamente dedicados a las adopciones de menores procedentes de países que desconocen la adopción, con la finalidad de que tales adopciones pudieran llevarse a cabo en Bélgica, particularmente, por lo que se refiere a los menores respecto de los cuales se hubiera constituido una *Kafala* en Marruecos. En concreto, la citada ley introdujo el art. 361.5 del *Code Civil* belga, que establece una serie de condiciones que, junto con las exigencias generales previstas para toda adopción, deberán cumplirse para que se autorice el traslado del menor a Bélgica y se permita la adopción. De entre ellas, cabe destacar las siguientes: debe tratarse de un menor huérfano de padre o de madre, o que haya sido declarado en situación de abandono, que se encuentre bajo la tutela de la autoridad pública, de tal manera que se excluye la posibilidad de que sea adoptado en Bélgica un menor respecto del cual se haya decretado una *Kafala* intrafamiliar. Al mismo tiempo, se requiere que la autoridad competente del Estado de origen del menor autorice su desplazamiento a Bélgica, a fin de que se establezca de forma permanente en esta país y por último, las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de recepción deben de formalizar por escrito un acuerdo, por el cual se confía el menor a los adoptantes. Sólo si se cumplen todas los requisitos dispuestos en el art. 361-5 del *Code civil* belga los adoptantes pueden viajar al país islámico de que se trate, en particular, a Marruecos, para formalizar la *Kafala* y recibir la preceptiva autorización de las autoridades competentes del Estado de origen del menor para su traslado a Bélgica y así, poder obtener el preceptivo visado que le permita establecerse en dicho país. Del mismo modo, cumplidos todos estos formalismos y una vez que el menor se encuentre en territorio belga, podrá procederse a su adopción por los tribunales competentes³¹.

22. En cuanto al Derecho francés, la *Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale* modifica el segundo párrafo del art. 370-3 *Code civil*, para disponer que la adopción de

²⁹ Por el Consejo Fiscal se puso de relieve que no queda claro si la prohibición que incorpora este precepto opera igualmente en relación con menores que han sido trasladados a nuestro país y residen habitualmente en España. Vid. *Informe del Consejo Fiscal al anteproyecto de Ley de protección de la infancia*, p.92, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2914INFORME%20CF%20LEY%20PROTECCION%20INFANCIA.pdf?idFile=ccc43a18-67fc-470d-8bb2-172759eff938.

³⁰ Se trata del *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*, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Dictamen%203-2016.%20Kafala,%20revision?idFile=653f0e61-dcaf-4155-b458-86e45fcd3d2.

³¹ Además de los arts. 361-5 y 361-6 *Code civil* belga, puede consultarse: « L'adoption internationale :le bilan 7 ans après la réforme », *Dossier thématique L'ADDE*, Septembre 2010, Culture, Education Permanente, p.16 y B. BERTRAND, « Quelles nouvelles implications pour la procédure de kafala ? », *JDJ* n°258 - octobre 2006.

un menor extranjero no podrá formalizarse en Francia si la ley personal de éste la prohíbe, salvo si el menor ha nacido y reside habitualmente en Francia³². Sobre este precepto se dijo que podría resultar contrario a los arts. 6. 8 y 14 del CEDH³³. A este respecto, cabe traer a colación la STEDH, Sección 5^a, de 4 de Octubre de 2012, rec. 43631/2009 (*Affaire Harroudj c. France*), que resolvió el recurso interpuesto contra una resolución del Tribunal de Grande Instance de Lyon, por una ciudadana de nacionalidad francesa, ante la imposibilidad de adoptar en Francia a una menor argelina, que se encontraba en situación de abandono y respecto de la cual las autoridades argelinas habían decretado una *Kafala*. Como motivos del recurso, la recurrente invocó la violación por parte de la ley francesa de los arts. 8 y 14 del CEDH. Sobre esta cuestión, el TEDH dejó bien sentado que no se infringió la norma alegada por la parte recurrente, argumentando, entre otros motivos, que la prohibición que establece el art. 370-3 del *Code civil* es acorde con lo previsto en el CH 1993, mientras que la *Kafala* es una medida de protección de menores expresamente recogida tanto en el Convenio de Nueva York sobre derechos del niño como en el CH 1996. De la misma manera, el TEDH observó que la *Kafala* judicial es reconocida de pleno derecho en el Estado francés, donde se equipara a una tutela. Por todo ello, el Tribunal entendió que el Estado francés, en aplicación de las normas convencionales antes citadas, articula un sistema flexible entre el Derecho del Estado de origen de la menor y el Derecho francés, de tal manera que la medida que incorpora el art. 370-3 del *Code civil* respeta el pluralismo cultural y mantiene un justo equilibrio entre el interés público y el de la recurrente³⁴.

23. Vistas las soluciones que se proponen en el ámbito del Derecho comparado, hay que concluir que el sentido del actual art. 19.4 LAI resulta mucho más respetuoso que el del anterior art. 19 LAI y se encuentra en la línea del art. 370-3 del *Code civil* francés, que permite la adopción cuando presenta unos vínculos muy estrechos con territorio francés. Sin embargo, no puede olvidarse que la respuesta del apartado 4 del art. 19 LAI, al igual que la de la legislación francesa, tampoco facilita una salida adecuada al supuesto más controvertido, cuál es el de la adopción de aquellos menores que han sido objeto de una *Kafala* transnacional. Tal vez, por este motivo, la modificación de la LAI debería haber tenido en cuenta lo previsto en el art. 361-5 del *Code Civil belga*, toda vez que aboga por el consenso entre las autoridades del Estado de origen del menor y las autoridades del Estado de recepción. Aún con todo, cabría la posibilidad de matizar el art. 19.4 LAI por la vía del art. 9 LAI, que prevé un sistema de cooperación de autoridades coordinado a través de las reglas del CH 1993. O incluso, con apoyo en el art. 21. e) CDN, podría recurrirse a la “concertación de arreglos o acuerdos bilaterales” sobre esta materia. De este modo, se conciliarían en mayor medida los principios fundamentales de la sociedad española con los valores substanciales presentes en las sociedades musulmanas, al mismo tiempo que se garantizaría el interés del menor.

³² La reforma ha sido objeto de críticas, en particular, porque no soluciona los problemas que suscita la formalización de *Kafalas* respecto de menores procedentes de países islámicos, sobre todo de Marruecos y Argelia, habida cuenta que dichos menores no reúnen las condiciones que exige el vigente art. 370-3 del *Code civil* para ser adoptados. A este respecto, se ha llegado a decir que el legislador francés ha sacrificado el interés de los menores abandonados en aras de la diplomacia, haciendo hincapié en que Francia era el único país de Europa que no permitía la adopción de los menores en situación de *Kafala*. Igualmente, se ha puesto de manifiesto como, en ocasiones, los tribunales franceses se han mostrado reacios a aplicar el art. 370-3 del *Code civil* en toda su extensión, por entender que confina al niño en un estado que no se corresponde con el actual entorno socio-legal y ello no resulta aceptable. Vid. MARIE-CHRISTINE LE BOURSICOT, « La Kafâla ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation », <http://droitcultures.revues.org/2138#bodyftn18>.

³³ Vid. MARIE-CHRISTINE LE BOURSICOT, « La Kafâla ou recueil légal des mineurs en droit musulman: une adoption sans filiation », <http://droitcultures.revues.org/2138#bodyftn18>.

³⁴ En similares términos se pronunció el TEDH en el *Caso Chbihi Loudoudi y otros contra Bélgica*. (Sentencia de 16 diciembre 2014. TEDH 2014\101). Así, el Tribunal, ponderando los intereses en conflicto, concluye que no existe violación del art. 8 CEDH por la negativa de las autoridades belgas de no acordar una adopción, en tanto que del mismo no se desprende “una concepción unívoca del interés superior de la menor que exigiría el pronunciamiento de la adopción en el sentido de la legislación belga, cuando la niña ya disponía de una filiación previa”. Más aún, cuando la ley belga ofrece la posibilidad de garantizar la vida familiar a través de un procedimiento de tutela oficiosa, cuyos efectos se asemejan a los de la *Kafala*.

IV. Análisis de los Autos de la AP Islas Baleares 25 octubre 2017 y de la AP Girona 18 diciembre 2017

24. Ambas resoluciones tienen en común que las mismas acuerdan la procedencia de la adopción de menores nacionales de Marruecos, que, en el momento de la solicitud de adopción, se encontraban en situación de *Kafala*, previamente constituida mediante sentencia por las autoridades del país vecino. Se trataba, entonces, de *Kafalas* judiciales respecto de niños abandonados. Igualmente, en los dos casos, los adoptandos residían habitualmente en España al tiempo de la adopción, si bien, ninguno de ellos adquirió la nacionalidad española en virtud de la misma, sino que conservaron su nacionalidad de origen.

25. Para una mejor comprensión del contenido de ambas resoluciones, parece oportuno dividir este epígrafe en dos apartados distintos. En el primero de ellos se expondrán resumidamente los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho de los dos autos, a fin de extraer la doctrina establecida en los mismos. A continuación, en el segundo de los apartados, se estudiarán con mayor detenimiento los razonamientos jurídicos vertidos en el fallo de las decisiones de estos dos tribunales.

1. Extracto de ambas resoluciones

26. Siguiendo un orden cronológico, se comenzará por el AAP Islas Baleares de 25 de octubre de 2017. Esta decisión resuelve el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal frente al auto dictado en primera instancia, por el cual se aprobó la adopción de un menor marroquí por el matrimonio al cual se había atribuido la titularidad de la *Kafala*. En este caso, a pesar de constar el informe desfavorable del Ministerio Fiscal, el Juez “a quo” consideró determinante la positiva integración del adoptando en la familia solicitante, habida cuenta la situación de convivencia y residencia en España que se había generado entre ellos, como consecuencia de la *Kafala*, desde el mes de Noviembre de 2013.

27. Como fundamento de la impugnación, el Ministerio Fiscal reitera los motivos de oposición alegados en primera instancia, basados en las siguientes circunstancias: que el adoptando mantiene su nacionalidad originaria y que ha quedado acreditado que no se encuentra en situación de desamparo y tutelado por la Entidad pública. Estos dos extremos, junto con el hecho de que la ley marroquí no contemple la institución adoptiva (art. 149 de la *Mudawana*), bastarían, a juicio del Ministerio Fiscal, para impedir la constitución por las autoridades españolas de la adopción respecto de este menor, en aplicación de la prohibición que contiene el art. 19.4 LAI³⁵.

28. Por su parte, el Tribunal “ad quem” delimita el sentido de la restricción del art. 19.4 LAI a la luz del Considerando IV del Preámbulo de la Ley 26/2015, entendiendo que lo que no se permite es la constitución de “adopciones de menores cuya ley nacional las prohíba, con alguna matización, para evitar la existencia de adopciones que atenten gravemente a la seguridad jurídica del menor”. En este sentido, la Audiencia Provincial argumenta que la ley marroquí (la *Mudawana*), correspondiente a la nacionalidad del adoptado, no prohíbe expresamente la adopción, sino que, simplemente, en la misma no existe esta institución, llevándose a cabo la máxima protección de los menores abandonados mediante la figura de la *Kafala*, regulada en la Ley nº 15-01. Por este motivo, la Sala obvia que el art. 19.4 LAI también veta la adopción cuando la ley nacional del adoptado no contempla esta institución y concluye que debe primar la interpretación más favorable para el interés del menor, de acuerdo con lo previsto en el Considerando II del Preámbulo de la Ley 8/2015 y en el propio Considerando IV del Preámbulo de la Ley 26/2015. En consecuencia, teniendo en cuenta que, a su entender, el *favor minoris* consiste en el presente caso en no perpetuar la situación de *Kafala* en la que se encuentra el menor, la Audiencia Provincial confirma la resolución impugnada y por consiguiente, la válida constitución de la adopción.

³⁵ En este punto, debe observarse que en el Auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares no se menciona expresamente el dato de la nacionalidad de los adoptantes, si bien, es evidente que necesariamente ha de tratarse de ciudadanos extranjeros, en tanto que, como se acaba de explicar, el Ministerio Fiscal aduce que el “adoptado conserva su nacionalidad de origen”.

29. En el supuesto examinado por el AAP de Girona de 18 de diciembre de 2017, es la solicitante, a quien previamente las autoridades marroquíes le habían asignado la titularidad de la *Kafala*, la que se alza frente a la resolución dictada en primera instancia. Así, la apelante solicitó en su recurso la revocación del auto por el cual se denegó la constitución de la adopción, al acoger el Juez “a quo” el dictamen del Ministerio Fiscal, que se opuso, a la vista de la nacionalidad marroquí de la menor y de la adoptante y sobre la base de que la ley nacional de la adoptanda prohíbe la adopción y sólo prevé la *Kafala* o acogimiento.

30. En síntesis, para resolver la apelación, primeramente, la Audiencia Provincial examina la doctrina de la DGRN en relación con la *Kafala*, que establece que sus efectos no resultan equivalentes a los de la adopción española, remitiéndose, en cuanto a su eficacia, a lo dispuesto en el art. 34 LAI. Resulta curioso que, seguidamente, la Sala aluda al art. 30.4 LAI, en aparente contradicción con lo anterior, toda vez que este precepto está específicamente previsto para la conversión de la adopción simple o no plena en una adopción tal y como se regula en el Derecho español y habida cuenta que la *Kafala* no puede equipararse a una adopción simple, puesto que no instituye vínculos de filiación.

31. Por lo que respecta a la constitución de la adopción, el Tribunal “ad quem” aplica la ley española, en virtud del art. 18 LAI, norma a la que dirige igualmente el art. 235 - 44 del Código Civil de Cataluña (CCC). El párrafo 4 del mencionado precepto es especialmente invocado por la Audiencia Provincial, en cuanto que faculta al Tribunal para acordar la procedencia de la adopción en interés de la adoptanda, habida cuenta que en el país de origen de la menor no existe la adopción ni otra institución equivalente y toda vez que la *Kafala* constituye una figura análoga al acogimiento o tutela con carácter permanente. Del mismo modo, hace gravitar su decisión en el art. 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN), que contempla en derecho a la protección y asistencia especiales del Estado del que gozan los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, y cuyo respeto garantiza el art. 235-44-1 CCC. No obstante, pese a reproducir literalmente su contenido, la Sala no toma en consideración que, entre las instituciones de protección recogidas en el art. 20 CDN, se encuentra también la figura de la *Kafala*.

32. En definitiva, la Audiencia Provincial revoca el auto dictado en primera instancia y decreta la adopción de la menor, sobre la base de su positiva integración en la familia adoptante. Sin embargo, ninguna alusión hace la Sala a la prohibición recogida en el art. 19.4 LAI, olvidando que el art. 235-44-4 CCC, supedita la constitución de la adopción a que las normas de Derecho internacional privado aplicables la permitan. La cuestión no es baladí, pues, recuérdese que el Juzgado de Primera Instancia denegó la adopción con fundamento en la limitación contenida en el art. 19.4 LAI, tal y como solicitaba el Ministerio Fiscal.

2. Reflexiones en torno a los fallos de ambas decisiones

33. A lo largo de este trabajo se ha examinado el tratamiento que otorga el ordenamiento jurídico español a la *Kafala* y estudiado el art. 19.4 LAI, tanto por lo que se refiere a sus antecedentes legislativos y de origen, como por lo que respecta a su interpretación doctrinal y jurisprudencial, atendiendo, asimismo, a las soluciones que se plantean desde la perspectiva del Derecho comparado. Este análisis ha permitido obtener una serie de deducciones que cabe poner en relación con las decisiones de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares y de la Audiencia Provincial de Girona, con la finalidad de resolver si estos Tribunales han aplicado correctamente el art. 19.4 LAI.

34. Previamente al planteamiento de las consideraciones alcanzadas, debe indicarse que en los dos casos se ha tenido que constatar el cumplimiento de los requisitos del art. 34 LAI, lo que, como ya se ha explicado, conduce a equiparar funcionalmente la *Kafala* al acogimiento o a la tutela previstos en el Derecho español. Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Girona hace constar expresamente que, en efecto, en ese procedimiento concurren todas las exigencias del citado precepto. Por el contrario, nada se

dice en el Auto de la Audiencia Provincial de Baleares, si bien, de los datos que obran en la resolución se desprende que se dan los presupuestos del art. 34 LAI, puesto que se ha examinado la sentencia marroquí por la que se acordó la *Kafala* y se dice que el menor se encuentra en España en situación de acogimiento.

35. Dicho esto, en primer lugar, hay que puntualizar que los supuestos objeto de ambos autos no tienen su fundamento en el modelo típico de *Kafala* transnacional, que comporta el traslado de un menor a nuestro país por ciudadanos españoles y residentes en España, con la finalidad de fijar aquí su residencia habitual. Cuando esto sucede, no cabe duda que, a la vista de la legislación vigente, la adopción debe regirse por la ley española, conforme a lo previsto en el art. 18 LAI, sin que pueda operar la restricción del art. 19.4 LAI, pues no resulta aplicable la ley nacional del adoptando, que, recordemos, prohíbe la adopción, en lo referente a su capacidad, en virtud del art. 19, dado que el menor, por lo general, ya reside en España en el momento de la adopción y además, adquiere la nacionalidad española como consecuencia de la misma, en virtud del art. 19 Cc.

36. Ciertamente es que la resolución que se dicte por los Tribunales españoles será una decisión claudicante, que no surtirá ningún efecto en el país de origen del menor, pero, también es verdad que el supuesto presenta una estrecha vinculación con España y que el adoptando se encuentra perfectamente integrado en la sociedad española. En consecuencia, las posibilidades de que la adopción haya de desplegar efectos en el Estado del que es nacional el menor son escasas y por consiguiente, resulta claro que el interés del menor requiere que se acuerde la constitución de la adopción³⁶.

37. Por el contrario, tanto la resolución de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares como la de la Audiencia Provincial de Girona tienen por objeto la adopción de un menor en situación de *Kafala*, de nacionalidad marroquí y que, aunque reside en España, no adquiere la nacionalidad española en virtud de la adopción. Se trata, igualmente, de niños que no están en desamparo ni tutelados por la Entidad Pública, puesto que se encuentran debidamente protegidos a través de la institución de la *Kafala*. Luego, la respuesta no puede ser la misma que en la situación descrita en los párrafos precedentes. Ello, por cuanto, aunque el niño resida en España y se aplique la ley española, conforme al art. 18 LAI, la no adquisición de la nacionalidad española por el menor como consecuencia de la adopción motivaría que la capacidad del adoptado se rigiese por su ley nacional, en virtud del art. 19.1 LAI.

38. Es verdad que el juez podría descartar la aplicación de la ley extranjera, en este caso, la marroquí, con fundamento en el apartado 2 del art. 19 LAI, puesto que con ello no se favorecería la validez de la adopción en el país de origen del menor, lo que, indudablemente, sucedería habida cuenta que, en ambos casos, los adoptados son naturales de Marruecos, cuya legislación no regula la institución adoptiva. Ahora bien, como ya se ha indicado, este precepto ha sido matizado con la prohibición del apartado 4 del art. 19 LAI, que impediría la constitución de la adopción en tanto que la ley marroquí no contempla esta institución. Más aún, cuando la vinculación con España de los dos supuestos enjuiciados en ambos autos es menor, toda vez que no sólo el menor es marroquí, sino que, además, los adoptantes también son extranjeros, motivo por el cual, se incrementan las posibilidades de una adopción claudicante, pues, no está tan claro que, en algún momento, no resulte necesario instar la eficacia de dicha adopción ante las autoridades marroquíes.

39. En cuanto a la motivación de las respectivas Salas para decretar la válida constitución de la adopción, a las cuestiones comunes a ambas resoluciones, expuestas en los párrafos anteriores, deben añadirse algunas consideraciones específicas propias de cada resolución. Comenzando por el Auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, debe puntualizarse que, efectivamente, existe una contradicción entre lo dispuesto en el Considerando IV del Preámbulo la Ley 26/2015 y en el apartado 4 del art. 19 LAI, toda vez que aquél únicamente veta la adopción en los supuestos en que la ley nacional del adoptado prohíba dicha institución. No obstante, no puede desconocerse que el Tribunal Constitucional

³⁶ En este sentido, resulta muy ilustrativa la opinión de A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *La Ley* 54/2007...cit, pp.134-136.

ha puntualizado que el Preámbulo de las leyes, “no tiene valor normativo”, sino que, simplemente, es “un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las leyes”³⁷. Como tampoco hay que olvidar que en la interpretación de las normas habrá que atender al sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”, teniendo en cuenta, principalmente, su “espíritu y finalidad” (art.3 Cc).

40. Por ello, el razonamiento del Tribunal “ad quem” basado en el Preámbulo de la Ley 26/2015 y en el dato de que la ley marroquí no prohíbe expresamente la adopción, carece de fundamento, porque, tal como se ha explicado, la prohibición del art. 19.4 LAI trae causa del compromiso asumido por el Gobierno español para desbloquear la tramitación de las *Kafalas* en relación con los solicitantes españoles, habida cuenta las restricciones introducidas en el país, ante el temor de que los menores fueran objeto de adopción y educados al margen de la fe islámica, una vez en España. Como tampoco hay que dejar de lado aquí que el Corán prohíbe la institución adoptiva y que la *Mudawana* o Código de la Familia de Marruecos, en su art. 149, declara la nulidad jurídica de la adopción.

41. Del mismo modo, la Audiencia Provincial de Baleares también olvida que el propio Considerando IV de la Ley 26/2015 justifica la prohibición del art. 19.4 LAI en la necesidad de evitar las adopciones claudicantes, que atentan gravemente a la seguridad jurídica del menor. Igualmente, la Sala no toma en consideración que la Exposición de motivos de la LAI conecta la determinación de la ley aplicable a “procurar la mayor validez internacional de la adopción constituida en España”, hasta el punto de que el texto normativo llega a vincular el interés del menor con dicha circunstancia (art. 20 LAI).

42. Por último, en cuanto a la interpretación que realiza este Tribunal del art. 19.4 LAI con fundamento en el Considerando II del Preámbulo de la Ley 8/2015 y que le lleva a identificar el interés del menor con la adopción para no perpetuar la situación de acogimiento, hay que hacer notar que la misma no tiene en cuenta la Jurisprudencia del TEDH, antes comentada, que establece que la *Kafala* es una medida de protección de menores expresamente reconocida en normas internacionales y en consecuencia, garantiza la vida familiar de los menores. Más aún, cuando el art. 34 LAI articula mecanismos para asimilar esta a otras medidas de protección de menores previstas en el Derecho español, como son el acogimiento y la tutela.

43. En relación con el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, cabe agregar a lo ya explicado, que, tal como ya se ha apuntado, este Tribunal parece incurrir en contradicción cuando cita el art. 30.4 LAI, relativo a la conversión de la adopción simple, después de establecer que la *Kafala* no puede surtir en España los efectos de la adopción española, lo cual es evidente, en tanto que no establece vínculos de filiación, y de supeditar su eficacia a lo dispuesto en el art. 34 LAI. Luego, la mención al art. 30.4 LAI, en los términos expresados por la Audiencia Provincial, resulta de todo punto innecesaria e incluso, puede inducir a error, dado que la *Kafala* tampoco resulta equivalente a una adopción simple y por consiguiente, no puede ser objeto de conversión en una adopción tal y como se regula en el Derecho español. Tan sólo cabe su equiparación a un acogimiento o a una tutela, de conformidad con lo establecido en el art. 34 LAI, precepto éste que expresamente recoge la eficacia en España de las decisiones extranjeras relativas a instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación.

44. Pero, la consideración más relevante que debe hacerse a esta resolución se basa en el hecho de que la Sala aplica la ley española, en virtud del art. 18 LAI en relación con el art. 235- 44 CCC y muy especialmente, con su párrafo 4, que permite la adopción en supuestos como los que nos ocupan, siempre “que lo permitan las normas de derecho internacional privado aplicables.” Y pese a ello y aunque la prohibición del art. 19.4 LAI sirvió como fundamento para rechazar la adopción en primera instancia, la Audiencia Provincial omite cualquier referencia al art. 19 LAI, que para la capacidad ordena dar entrada a la ley nacional del adoptando e impide la adopción si dicha ley nacional la prohíbe o no la contempla.

³⁷ STC 36/1981, de 12 de noviembre (LA LEY 12917-JF/0000), FJ 7.

45. Para terminar, tan solo recordar que, al igual que la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, el auto de la Audiencia Provincial de Girona se aparta de la doctrina del TEDH, al entender que la adopción es necesaria para consolidar la integración de la menor, aunque, entre las instituciones de protección incorporadas en el art. 20 CDN, expresamente mencionado en la resolución, se contempla no sólo la institución adoptiva, sino igualmente y en el mismo plano, la figura de la *Kafala*. Ello, sin contar con que la Sala tampoco ha tenido en cuenta que el art. 21. c) del propio CDN ordena a los Estados contratantes velar por que “el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen.” Es obvio, que difícilmente se podrá cumplir con este mandato cuando el adoptando proceda de un Estado donde se prohíba o se desconozca la institución adoptiva³⁸.

V. Conclusiones

46. Las normas de conflicto recogidas en la LAI para la constitución de la adopción internacional por autoridades españolas planteaban, ya desde su tramitación parlamentaria, una serie de inconvenientes, que no se solventaban en el texto original de la ley, ni tampoco han recibido respuesta satisfactoria tras las últimas reformas legislativas. Las mayores dificultades surgen cuando, junto a la ley sustantiva española, hay que dar entrada a una ley extranjera, como la del país del cual es nacional el adoptando, reguladora de su capacidad, en particular, cuando el Estado de origen prohíbe o no contempla la institución adoptiva. A este respecto, tomando como punto de partida el tratamiento de esta cuestión por nuestras normas de Derecho Internacional Privado y la jurisprudencia del TEDH, conjuntamente con el detallado análisis del fallo de los Autos de la AP Islas Baleares 25 octubre 2017 y de la AP Girona 18 diciembre 2017, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

47. Primera: Al introducir el apartado 4 en el art.1 9 LAI, el legislador español ha tomado en cuenta dos consideraciones principales, a las que deberían atender también los jueces y tribunales españoles a la hora de aplicar la prohibición que contiene el citado precepto:

- 1^a) La vinculación del supuesto en cuestión con nuestro país y por ende, la escasa o nula conexión de la adopción con el Estado de origen del menor, para lo cual habrá que valorar el grado de integración del adoptado en la sociedad española, examinando elementos tales como la nacionalidad y residencia habitual de las partes.
- 2^a) El propósito de la Ley 26/2015 y de la propia LAI, de evitar las adopciones claudicantes, a las que se considera contrarias al interés del menor. Evidentemente, este punto se encuentra estrechamente relacionado con el anterior, puesto que cuanto mayor sea la integración del adoptado en la sociedad española, menos posibilidades tendrá la adopción de desplegar efectos en el país de origen del menor.

48. Son, por tanto, estas dos circunstancias las que, ponderando el grado de vinculación de la adopción con España y en función de la mayor validez internacional de la adopción constituida en nuestro país, justifican, a la vista de la legislación vigente, que la adopción se rija exclusivamente por la ley española (art. 18 LAI) o que se pueda dar entrada a una ley extranjera en los términos de los arts. 19 y 20, e incluso que se impida la constitución de la adopción si la ley nacional del adoptado prohíbe o no contempla esta institución (art. 19.4 LAI).

49. Segunda: Es evidente que el legislador español del 2015 olvida que, sin perjuicio de la justificación que ofrece el Preámbulo de la propia Ley 26/2015, la incorporación del apartado 4 al art. 19 LAI obedece a una clara finalidad: desbloquear la tramitación en Marruecos de *Kafalas* respecto de solicitantes

³⁸ Por lo demás, cabe traer a colación aquí la opinión de Calvo Caravaca y Carrascosa González, quienes sostienen que el art. 21 CDN 1989 admite que hay países que, con todo el derecho, prohíben o no regulan la adopción. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, p.143.

tes españoles y residentes en nuestro país, consideradas fraudulentas por las autoridades marroquíes, en tanto que pueden servir como soporte para una posterior adopción en España. Sin embargo, la realidad es que, ante una hipótesis de este tipo, el art. 19.4 LAI no puede impedir la constitución de la adopción, pues no se cumplen los presupuestos del art. 19.1 LAI, en tanto que lo habitual será que en el momento de la adopción el menor resida ya en España y no cabe duda de que adquirirá la nacionalidad española, en tanto que el adoptante es español.

50. En definitiva, se da la paradoja de que, aun siendo, justamente, las que dieron lugar al conflicto, estas adopciones no quedan cubiertas por el art. 19.4 LAI. Ello, puesto que se rigen únicamente por la ley española (art. 18 LAI), sin posibilidad de que opere la ley nacional del adoptado en lo referente a su capacidad, conforme al art. 19 LAI, habida cuenta la residencia habitual del menor en España y que el adoptando adquiere la nacionalidad española en virtud de la adopción. Lo cierto es que, si en verdad la intención del legislador fue impedir, en todo caso, la constitución ante las autoridades españolas de una adopción respecto de un menor cuya ley nacional la prohíba o no la contemple, lo lógico hubiera sido incorporar esta regla en un precepto independiente, fuera del art. 19 LAI, para, de este modo, desvincularla de los requisitos del art. 19.1 LAI.

51. Tercera: Indudablemente, las adopciones que traen causa de una *Kafala* transnacional, en la que sus titulares son ciudadanos españoles con residencia en España, presentan una muy estrecha vinculación con nuestro país y en consecuencia, resulta poco probable que tengan que surtir efectos en el Estado de origen del adoptando, al igual que ocurre cuando el menor se encuentra en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública española. No obstante, también es verdad que para evitar nuevas medidas restrictivas por parte de las autoridades de los países musulmanes, parece más oportuno, bien que, de forma similar a lo previsto en el CH 1993, el legislador español articule para estos casos un sistema de cooperación entre las autoridades españolas y las autoridades del Estado de origen de los menores (art. 9 LAI), o bien que se formalice algún tipo de acuerdo con estos países (art. 21.e) CDN). De este modo, se garantizaría en mayor medida el debido respeto a todos los intereses en conflicto, al mismo tiempo que se cumpliría con la intención de evitar adopciones claudicantes, en la que se inspira tanto la reforma de la Ley 26/2015 como la propia LAI.

52. Cuarta: Las resoluciones judiciales analizadas también dejan de lado que el origen de la prohibición del art. 19.4 LAI se sitúa en impedir la constitución por las autoridades españolas de una adopción en la cual el adoptando se encuentra en situación

de *Kafala*, previamente decretada en Marruecos. Como tampoco toman en consideración que el propósito de la incorporación de la referida limitación, según la Ley 26/2015, radica en evitar decisiones claudicantes, válidas en España, pero cuya existencia y validez no se va a reconocer en los Estados de origen de los menores, cuya ley prohíbe o no contempla esta institución. Sería deseable que los Tribunales españoles no perdieran de vista estas dos circunstancias, máxime, cuando el supuesto mantenga cierto grado de conexión con el país del cual es nacional el adoptando y no sea posible descartar que la adopción, en algún momento, deba surtir eficacia en este Estado. Tal como ocurre en los autos examinados, habida cuenta que los adoptantes son extranjeros y el adoptando conserva su nacionalidad de origen, pese a residir en nuestro país.

53. Quinta: Contrariamente a lo que resuelven las dos Audiencias Provinciales, la prohibición del art. 19.4 LAI forzosamente ha de impedir la constitución en España de la adopción de un menor cuando su ley nacional prohíba o no contemple esta institución, en aquellos supuestos en que dicha ley nacional gobierne su capacidad, lo que sucederá cuando el adoptando no tenga su residencia habitual en nuestro país el momento de la constitución de la adopción, o aún teniéndola, no adquiriera la nacionalidad española como consecuencia de la misma (art. 19.1 LAI). La aplicación de la ley nacional del adoptado no puede rechazarse ni tan siquiera con arreglo al art. 19.2 LAI, siendo la única excepción posible la prevista en el último inciso del propio art. 19.4 LAI, es decir, que el menor se encuentre en desamparo y bajo la tutela de la Entidad Pública.

54. Sexta: Nos encontramos ante normas de conflicto, que, recuérdese, tienen carácter imperativo (art. 12.6 Cc), por lo que el Derecho extranjero designado por ellas debe ser aplicado obligatoriamente por los jueces y tribunales españoles, salvo que opere la excepción de orden público internacional (art. 12.3 Cc), lo que no acontece en los supuestos examinados, dado que no existe un derecho a adoptar o a ser adoptado y toda vez que no siempre es la adopción la institución de protección que en mayor medida garantiza el interés del menor. En este sentido, nuestros tribunales habrán de armonizar los intereses en conflicto, tomando en consideración la realidad social y familiar, junto con el interés del menor. Así lo ha establecido el TEDH, al resolver que una prohibición como la que se contiene el art. 19.4 LAI no vulnera el derecho al respeto a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH. Más aún, cuando el art. 34 LAI contempla una solución para los problemas que puede suscitar la eficacia en España de una figura desconocida en el ordenamiento jurídico español, como es la *Kafala*, y habida cuenta que esta institución constituye uno de los mecanismos de protección establecido por el art. 20 CDN como adecuado para el cuidado y atención que el Estado debe garantizar a los menores temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio.