

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]*

PROHIBITION OF EX NOVO ADOPTION IN SPAIN
AFTER *KAFALA* IN THE COUNTRY OF ORIGIN: AGAIN,
ON DOUBTS OF INTERPRETATION
[AAP CÁDIZ 1500/2020 AND AAP LOGROÑO 173/2021]

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

Recibido: 13.12.2021 / Aceptado: 28.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6730>

Resumen: En esta contribución se da cuenta de la distinta comprensión acerca de la exigencia de la propuesta previa de la entidad pública cuando se trata de una solicitud de adopción en España de un menor marroquí sujeto a un acogimiento familiar en virtud de una *kafala* constituida en Marruecos. La aplicación del mandato del art. 19.4 LAI que prohíbe la constitución de la adopción en España cuando la ley personal del menor no contempla esta institución resulta relevante para el correcto encaje de la discutida exigencia de la propuesta previa. Fuera de las excepciones previstas en la propia norma, no cabe constituir la adopción en España en estos supuestos.

Palabras clave: *kafala*; adopción, art. 19.4 Ley de adopción internacional (LAI), propuesta previa de la entidad pública.

Abstract: This contribution reports on the different understanding of the requirement of a prior proposal from the public entity in the case of an application for adoption in Spain of a Moroccan minor subject to foster care under a *kafala* constituted in Morocco. The application of the mandate of art. 19.4 LAI that prohibits the constitution of the adoption in Spain when the personal law of the minor does not contemplate this institution is relevant for the correct fitting of the discussed requirement of the previous proposal. Apart from the exceptions provided for in the law itself, adoption in Spain cannot be constituted in these cases.

Keywords: guardianship by *kafala* and adoption, article 19.4 International Adoption Law and prior proposal of the public entity.

Sumario: I. Introducción: Elementos de discusión y antecedentes. II. Comprensión de la exigencia de la propuesta de la entidad pública a la luz de los considerandos de las audiencias provinciales de Cádiz y Logroño. 1. En el auto de la AP de Cádiz. 2. En el auto de la AP de Logroño. III. A modo de conclusión.

*El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2020-114611RB-I00: Protección del menor en las crisis familiares internacionales (análisis del derecho internacional privado español y de la Unión Europea), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación. IP: Mónica GUZMÁN ZAPATER y Mónica HERRANZ BALLESTEROS.

I. Introducción: elementos de la discusión y antecedentes

1. Las resoluciones de la Audiencias Provinciales de Cádiz y de Logroño, dictadas respectivamente el 11 de diciembre de 2020¹ y el 31 de marzo de 2021², dan respuesta a un mismo problema, a saber: las condiciones que deben acreditarse para conceder o denegar la constitución de una adopción en España respecto de un menor extranjero previamente sujeto a “tutela” por *kafala* constituida en el país de origen. En ambos casos los solicitantes son residentes en España y son los tutores legales de los menores, de nacionalidad marroquí, de acuerdo con una *kafala* constituida en Marruecos, país de origen.

2. En el recurso planteado ante la Audiencia Provincial de Cádiz se analiza la decisión del Juzgado de primera instancia e instrucción que había resuelto a favor de la constitución de la adopción. El Ministerio Público se opone y recurre por entender que en la especie sí era necesaria la propuesta previa de la entidad pública, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 176.2 del Código civil (en adelante, C.c.)³. Los datos fácticos tomados en consideración por la Audiencia Provincial, que confirma la decisión de instancia, se resumen así: (1) se trataba de un niño abandonado respecto del cual se constituye su *Kafala* por las autoridades marroquíes competentes a favor de los solicitantes de la adopción (los *kafiles*) que lo traen a España donde el menor vive con ellos; (2) que dichos *kafiles* son titulares de la guarda y cuidado del menor; y, (3) que se dan los requisitos para la constitución *ex novo* en España de una adopción de ese menor extranjero, sin que en este caso sea necesaria la propuesta previa de la entidad pública dado que “la misma se exige solo en los supuestos de adopción de un menor en situación de desamparo”. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y confirmó en sus términos la adopción dictada por el tribunal de instancia.

3. En el recurso planteado ante la Audiencia Provincial de Logroño se analiza la decisión del el Juzgado de primera instancia e instrucción que había resuelto denegando la solicitud de adopción. El argumento de base del juzgador de instancia era la ausencia propuesta previa de la entidad pública, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 176.2 del C.c. En este caso, también había una *kafala* previa realizada por las autoridades competentes marroquíes respecto de un menor. Entendían los recurrentes que no habría de tomarse en cuenta lo dispuesto en el art. 176.2 C.c porque al encontrarse el menor en régimen de acogimiento familiar no era precisa la citada propuesta previa de la entidad pública⁴. La Audiencia Provincial daba la razón a los recurrentes en el sentido de que “en una interpretación finalista del art. 176.2 C.c cuando el menor extranjero está bajo tutela por *kafala* previa no se precisa la propuesta de la entidad pública para tramitar la demanda de adopción”. Ahora bien, declaró que, en la especie, no procedía autorizar la adopción por dos razones básicas: la primera, porque de acuerdo con el derecho marroquí -aplicable como ley personal del menor- la adopción está prohibida; y la segunda, porque en el caso no se actualiza la situación de desamparo del menor en España. Sobre esta base, declara que no es aplicable la excepción a la prohibición del art. 19.4 de la Ley de Adopción Internacional⁵ (en adelante, LAI).

¹ AAP CA de 11 de diciembre de 2020. ECLI:ES:APCA:2020:1500^a.

² AAP LO de 31 de marzo de 2021. ECLI:ES:APLO:2021:173^a.

³ Art. 176.2.- *Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta. No obstante, no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concurre alguna de las circunstancias siguientes: (...) 3.ª Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.*

⁴ Sobre esta exigencia, el auto de la AP de Logroño, objeto de este comentario, recoge en su FJ Segundo la comprensión que de este requisito realizó el Auto de la AP de Cádiz nº 72/2018, de 12 marzo 2018 sobre el art. 176 C.c. En este sentido, declara que [para constituir la adopción en España] “no se requiere propuesta previa de la entidad pública cuando el menor extranjero se encuentra en régimen de acogimiento familiar”. Ahora bien, si la situación de acogimiento viene determinada por resolución de una autoridad competente del país de origen del menor, y el menor se traslada a España y no se encuentra en situación de desamparo, en nuestro país, no es precisa la propuesta de la entidad pública. Ello no empece la desestimación de la pretensión de los solicitantes sobre la base de que la ley personal de menor es la marroquí y esta prohíbe la adopción.

⁵ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (BOE núm. 312, de 29 diciembre 2007).

4. Ambas resoluciones se unen al conjunto de decisiones judiciales dictadas en España que abordan los efectos en nuestro país de la *kafala* islámica. Un problema extensamente analizado por la doctrina de los autores⁶ tanto desde la perspectiva del Derecho internacional privado como desde el ángulo del Derecho de extranjería⁷. Ahora bien, en las resoluciones objeto de este comentario se debaten principalmente dos cuestiones: primero, si es necesaria la propuesta previa de la entidad pública cuando se solicita la constitución de una adopción respecto de un menor marroquí sujeto a *kafala* por decisión de la autoridad competente marroquí; y, segundo, el alcance de la excepción a la prohibición del art. 19.4 LAI (“excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública”).

II. Comprensión de la exigencia de la propuesta previa de la entidad pública a la luz de los considerandos de las Audiencias Provinciales de Cádiz y Logroño

5. Como acabamos de ver, en ambos casos se trata de dar efectos en España a un *kafala* constituida en Marruecos a los efectos de constituir una adopción en nuestro país. En ambos casos, el menor tiene nacionalidad marroquí y ya está residiendo en España. En ninguno de los casos se nos indica la nacionalidad de los solicitantes de la adopción.

6. En el caso sometido a la AP de Cádiz se había acordado la adopción por el juzgador de instancia confirmando la Audiencia Provincial dicha decisión y declarando que no es precisa la propuesta previa de la entidad pública. En el caso sometido a la AP de Logroño el juzgador de instancia deniega la solicitud de adopción por no constar la propuesta previa de la entidad pública y porque en la especie

⁶ Entre otras, sin ánimo exhaustivo, en la doctrina española: S. ADROHER BIOSCA, “Kafala y adopción. El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18) núm. 220/2020 de 10 de junio” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 13(1), marzo 2021, pp. 694-701; C. CORDERO ÁLVAREZ, “Adopción en Europa y efectos de la kafala en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, T. XII, 2012, pp. 455-489; DIAGO DIAGO, M.P., La “Kafala islámica en España”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2(1), marzo 2010, pp. 140-164; 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” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 12(2), octubre 2020, pp. 1036-1043; 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”, en *Cuadernos de Derechos Transnacional*, nº 13(2), octubre 2021, pp. 778-783; N. KOUMOUTZIS, “The Islamic prohibition of adoption as limitation of the right to respect for family life (Article 8 ECHR) - revisiting ECtHR Harroudj v France, nº 43631/09, 4 October 2012”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* nº 13(1), marzo 2021, pp. 939-965; N. MARCHAL ESCALONA, “Les problèmes actuels de reconnaissance de la Kafala marocaine auprès des autorités espagnoles”, en *Paix et Sécurité Internationales*, Nº 4, 2016, pp. 197-230; Id., “La Kafala, ciudadanía de la Unión y los derechos fundamentales del menor: de Estrasburgo a Luxemburgo (1)”, en *La Ley Unión Europea*, Nº 71, 30 junio 2019; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Protección del menor venido a España en kafala: acogimiento con tutela dativa y, en su caso, adopción”, en *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Blog FIIAPP, 2009; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Eficacia de la kafala en el ordenamiento español”, en *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Blog FIIAPP, 2009; Id., “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural: (Un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la “Kafala””, en *Revista General de Derecho*, Nº 667, 2000, pp. 4419-4448; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La protección en España de menores cuya ley nacional prohíbe la adopción tras la reforma de la Ley 54/2007 de adopción internacional”, en *Derecho Privado y Constitución*, 31, 2017, pp. 389-415; M.J. SÁNCHEZ CANO, “Adopción en España de menores en situación de Kafala y ley nacional del adoptando”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 10(2), octubre 2018, pp. 931-946; C. RUIZ SUTIL, “La mujer kafala y la recepción de la Kafala marroquí en el ordenamiento jurídico español”, en *Revista Clepsidra*, 16, 2017, pp. 145-166.

⁷ Como medida de protección del menor extranjero, y presuponiendo que el menor ha sido trasladado a España, las normas de extranjería de los dos países concernidos (de origen y destino) intervienen debiendo tomarse en cuenta las exigencias de salida y entrada respectivamente. En particular, S. ADROHER BIOSCA en su comentario “Kafala y Adopción. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18) núm. 220/2020, de 10 de junio”, *op. cit.* Desde el mismo ángulo, pero centrada en el examen de la STS de 9 diciembre 2011 y la reagrupación familiar solicitada por el representante legal del menor, *vid.*, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Cuestiones de derecho de extranjería en la kafala de menores en España. La STS de 9 de diciembre de 2011”, en *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado* (A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Dirs.), Vol. 2, Colección “Derecho y Letras”, Nº 1, Murcia, 2019, pp. 475-488. Con una perspectiva histórica, el monográfico de la *Revista Española de Derecho internacional privado* (REDI) de 1999 dedicado a la *Cooperación para el desarrollo y Derechos Humanos en la cuenca mediterránea*, Sección “Inmigración y Conflictos de Culturas” y ahí los trabajos de S. ADROHER BIOSCA, “Adopción de menores africanos en Europa”, *op.cit.*, pp. 143-154 y A. RODRÍGUEZ BENOT, “Adopción y Kafala: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales”, *op.cit.*, pp. 195-208.

no se trata ni de un acogimiento preadoptivo constituido por la autoridad española a instancias de la entidad pública ni se dan los requisitos del art. 176 C.c en cuanto al transcurso del tiempo suficiente para entender que no es necesaria ya la intervención de la Administración (FJ 1). Difiere la AP de Logroño del razonamiento de su homóloga de Cádiz y deniega la constitución de la adopción sobre la base del art. 19.4 LAI que impide tal constitución en España cuando la ley personal de menor prohíba o no contemple la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública que, en la especie, no se actualiza.

1. En el auto de la AP de Cádiz

7. La oposición de la Fiscalía en el caso sometido a la AP de Cádiz se sustenta en pronunciamientos anteriores de la misma Sala de 12 de marzo de 2018 y 27 de noviembre de 2020, respectivamente, en los que se insiste en que la *kafala*, como institución desconocida en el Derecho español, debe calificarse “por la función” como equivalente al acogimiento familiar⁸ y que, habiendo sido válidamente constituida en el extranjero, “nunca podrá ser reconocida en España como adopción sino como acogimiento familiar”. Más cuestionable resultan las referencias a los artículos 18 y 19 LAI pues no parece dudoso la imperatividad del mandato del art. 19.4 LAI (que incomprensiblemente obvia la decisión judicial). De la lectura de los fundamentos jurídicos parece que AP de Cádiz toma en consideración la calificación material como acogimiento familiar y, obviando lo dispuesto en el art. 19.4 LAI, declara que, en este caso, de conformidad con el art. 176 Cc no se requiere la propuesta previa de la entidad pública y, en consecuencia, autoriza la adopción. Una interpretación criticable en la medida en que desconoce la imperatividad de la norma de conflicto española⁹.

8. La doctrina ha tenido ocasión de analizar el alcance de la imperatividad de este mandato a la luz de los criterios de la Fiscalía General del Estado en su Dictamen 3/2016¹⁰. Resulta relevante el comentario de M. HERRANZ BALLESTEROS al Auto de la misma Audiencia Provincial dictado 11 meses después y que sigue en lo esencial el razonamiento de este que ahora se comenta. La cuestión nuclear de la norma prohibitiva es evitar situaciones claudicantes y, por ello, se establece la imposibilidad de constituir adopciones de menores cuya ley nacional las prohíba. Ahora bien, esta prohibición ¿requiere que el menor conserve la nacionalidad de origen o no? Por el juego de las normas sobre atribución de la nacionalidad española, si los solicitantes de la adopción del menor son españoles entonces el menor adquirirá la nacionalidad española a resultas de la adopción por la vía del art. 19.1 C.c. La Fiscalía General, en su Dictamen, parece entender que, si a resultas de la adopción el menor adquiere la nacionalidad española, entonces la adopción se rige la ley española de conformidad con lo dispuesto en el art. 18 LAI. Esta conclusión abocaría a una aplicación anticipada de la ley española (como ley personal del menor) cuestión que, de acuerdo con algún sector doctrinal, no parece adecuada¹¹.

⁸ Citando la Resolución-Circular de 15 de julio de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE, núm. 207, de 30 agosto 2006). En este sentido, y para la correspondencia de efectos de acuerdo con la redacción del art. 9.5IV C. civil a la sazón vigente), la DGRN puntualiza que dicha institución desarrolla en el ordenamiento jurídico extranjero una función similar a la que despliega el acogimiento familiar en el ordenamiento jurídico español. A saber, la plena participación del menor en la vida de la familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de “velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, bien con carácter transitorio –acogimiento familiar simple–, bien con carácter permanente –acogimiento familiar permanente–, pero que ni crea vínculos nuevos de filiación, ni rompe los anteriores, ni priva de la patria potestad a los padres”. Citando al efecto los arts. 173 y 173bis C.C. y las Resoluciones de 14 mayo 1992, 18 octubre 1993, 13 octubre 1995 y 1 febrero de 1996. En definitiva, para la DGRN “dada su similitud funcional, la *kafala* puede considerarse en España como un acogimiento familiar”.

⁹ Estamos de acuerdo con la crítica realizada por M. Guzmán Zapater respecto de la aplicación del art. 18 LAI sin atender el mandato del art. 19.4 LAI: 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”, *op. cit.*, p. 1042.

¹⁰ 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*. Consulta en: <https://www.fiscal.es/web/fiscal/-/menores>.

¹¹ Compartimos la opinión acerca de la aplicación anticipada de la ley española que apunta M. HERRANZ BALLESTEROS en

2. En el auto de la AP de Logroño

9. En el Auto de la AP de Logroño, la duda sobre la exigencia o no de la propuesta previa se diluye, y despeja, en el FJ Segundo titulado “Prohibición de la adopción”. La Audiencia transcribe literalmente el auto de la AP de Barcelona número 220/2020 de 10 junio 2020¹² y desestima el recurso. Recordemos que en la instancia no se admitió la demanda de adopción porque se entendió que los solicitantes (adoptantes) debían tener un certificado de idoneidad (es decir, la propuesta previa de la entidad pública) a lo que se oponen los recurrentes con fundamento en que no es necesario dicha propuesta de acuerdo con el art. 176 C.c.

10. El análisis de la prohibición del artículo 19.4 LAI -realizado por la AP de Logroño por referencia a la doctrina de la AP de Barcelona- resulta en este caso pertinente y tiene apoyo en pronunciamientos anteriores de la misma Audiencia que daban respuesta al mismo supuesto. La comprensión de la limitación del mencionado precepto realizada por la AP de Barcelona (y tomada en cuenta como fundamento jurídico para su Fallo por la AP de Logroño) se resume así: (1) se requiere que el menor conserve su nacionalidad para que sea aplicable la prohibición; (2) no es posible tramitar la demandada cuando hay una *kafala* previa y es aplicable la ley nacional del adoptando que prohíbe la adopción sucesiva; y (3) solo es posible tramitar la adopción si el menor está desamparado en España o si se acompaña el certificado de idoneidad (para el caso de adopciones en el extranjero). ”.

11. A) Sobre los dos primeros requisitos exigibles para que sea aplicable la prohibición conviene realizar alguna observación. La conservación de la nacionalidad de origen ha de entenderse referida al momento en que se pide la adopción. Como ha señalado S. ADROHER, la obtención de la nacionalidad española puede ser muy relevante en caso de posterior ofrecimiento (el subrayado es nuestro) para una adopción ante el juez español, tal y como ha señalado el FGE en su Dictamen 3/2016. Ahora bien, para saber si el menor conserva su nacionalidad tras la constitución de la *kafala*, ha de acudir a las normas de nacionalidad de su Estado de origen en consonancia con las normas españolas de atribución y adquisición de la nacionalidad. En efecto, “ni la *kafala* atribuye *ex lege* la nacionalidad española al *kafil* si el *makful* (el menor) es español toda vez que no puede ser calificada de adopción, ni tampoco se daría el caso del derecho de opción del art. 20 C.c porque el *kafil* no ostenta la patria potestad sobre el menor¹³. Sin embargo, sí cabría la posibilidad de adquisición por residencia de un año en España, transcurridos dos años consecutivos, al amparo de lo dispuesto en el art. 22.2 apartado c) del Código civil. Si bien, debe notarse que la norma de nacionalidad otorga el beneficio de la reducción del periodo de residencia, si la sujeción al acogimiento lo fuera a un ciudadano español o institución española, requisito que no se cumplirá cuando quienes soliciten la adopción (los *kafiles*) sean ciudadanos extranjeros.

12. B) Sobre el tercer requisito (solo es posible tramitar la adopción si el menor está desamparado en España), también conviene hacer alguna puntualización. El auto sostiene que “afortunadamente, el menor no se encuentra en situación de desamparo ni está tutelado por la Administración, como ponen de manifiesto las manifestaciones de los propios recurrentes”. En dichas circunstancias, entiende la AP de Logroño que al no estar (el menor) en situación de desamparo en nuestro país y contar con la debida protección el certificado de idoneidad no es exigible, pues “no es sujeto de un procedimiento de adopción internacional que requiera el certificado de idoneidad” (FJ Segundo *in fine*). En efecto, el artículo 176 C.c. se refiere a la adopción nacional y a la exigencia del certificado de idoneidad para el ejercicio de la

su contribución ya citada “Tratamiento de la *Kafala* en España y posterior constitución de una adopción...” *op.cit.*, p. 783. Con mayor contundencia se pronuncia M. GUZMÁN ZAPATER (*vid.*, “*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”, *op. cit.*, p. 1042) y su crítica en su comentario al Auto de la AP de León, en relación con la aplicación del art. 18 LAI obviando el mandato del art. 19.4 LAI.

¹² Sobre este auto, véase el comentario de S. ADROHER BIOSCA, “*Kafala* y adopción. El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18) núm. 220/2020 de 10 de junio”, *op. cit.*, pp. 694-701. En particular, sus observaciones sobre la *kafala* en el derecho de extranjería y de la nacionalidad española, pp. 698-700.

¹³ Véase, S. ADROHER BIOSCA, *op.cit.*, p. 700.

patria potestad resultante de la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes, con varias excepciones al mismo. Ahora bien, no cabe olvidar que para constituir *ex novo* una adopción de un menor extranjero que se encuentra en España en régimen de acogimiento familiar debemos volver a lo dispuesto en el art. 19.4 LAI que, recordemos, prohíbe la constitución de la adopción cuando la ley nacional del adoptando prohíbe o desconoce la adopción, “excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública”. Por consiguiente, es la situación de desamparo del menor extranjero en España y tutelado por la Administración Pública el presupuesto para que la excepción mencionada se active.

13. Obsérvese la distinta comprensión de los efectos de la constitución de la *kafala* en sede de adopción (prohibición del art. 19.4 LAI y su excepción) frente a su examen en sede de extranjería, en concreto, cuando se trata de obtener un visado por reagrupación familiar. Como ya tuvimos ocasión de examinar en el comentario a la STS de 9 de diciembre de 2011¹⁴, en el ámbito del derecho de extranjería el reconocimiento de efectos a la *kafala* se circunscribe al marco de actuación que le es propio: la entrada del extranjero en el territorio y consecuentemente la expedición de un visado de entrada. Cuando el representante legal del menor es el *kafil*, el Cónsul español ha de distinguir, en el examen de la solicitud del visado por reagrupación familiar, las diferencias entre la constitución de la *kafala* y sus efectos según hayan intervenido o no los padres biológicos. En este sentido, las Instrucciones DGI/SGRJ/07/2007 y DGI/SGRJ/01/2008 aportan los elementos de control y verificación: si la *kafala* se hubiera constituido con intervención de los padres biológicos del menor, la entrada del menor seguirá lo dispuesto en el artículo 93 del Reglamento de Extranjería (en su redacción dada por RD 2393/2004, hoy artículo 187 RD 577/2011); si el niño es huérfano o ha sido declarado abandonado por las autoridades extranjeras competentes, sin que se hubiera producido la intervención de los padres, se considera al *kafil* como representante legal del menor y por consiguiente se podrá tramitar un visado por reagrupación familiar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.1 c) de la LO 4/2000 (Ley de extranjería).

14. Pues bien, la cuestión interesante radica en constatar que mientras las autoridades consulares en la expedición de los visados por reagrupación familiar deben considerar si el menor fue declarado en situación de abandono en el país de origen para entender que el *kafil* es el representante legal del menor y autorizar así el visado por reagrupación, esta circunstancia no se tendrá en cuenta en sede de adopción, a tenor de la interpretación del art. 19.4 LAI, siempre y cuando el menor siga ostentando la nacionalidad de origen y la legislación de dicha nacionalidad no reconozca la institución de la adopción. Tiene sentido esta interpretación puesto que la referencia a la ley nacional del menor (ley personal ex art. 9.1 C.c) es imperativa. Dados los términos del precepto y la interpretación de la AP de Logroño, así como el Dictamen FGE 3/2016, se trata de respetar las legislaciones nacionales de países islámicos que mantienen la prohibición y, en consecuencia, asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas (evitar situaciones claudicantes¹⁵), cuestión que para la aplicación de las normas de DIPr es principal.

III. A modo de conclusión

15. La exigencia o no de la propuesta previa de la entidad pública en sede de la adopción de un menor extranjero residente en España respecto del que se ha constituido una *kafala* en su país de origen ha sido el trasunto de las decisiones objeto de este comentario (autos de la AP de Cádiz de 11 de diciembre de 2020 y de la AP de Logroño de 31 de marzo de 2021). El enfoque de las consecuencias o

¹⁴ Véase, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Cuestiones de derecho de extranjería en la *kafala* de menores en España. La STS de 9 de diciembre de 2011”, en *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado* (A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Dirs.), *op.cit.*, p. 479.

¹⁵ Como ha puntualizado la doctrina española en sus comentarios a esta institución a la luz de las sentencias que han sido objeto de interpretación. Para el propósito de este comentario, nos remitimos a las observaciones de M. GUZMÁN ZAPATER, “*Kafala* y derecho español tras la reforma de la Ley 54/2007...”, *op. cit.*, p. 1042.

efectos de la *kafala* islámica en países donde no existe la institución de la adopción es relevante para el ordenamiento jurídico español a la hora de valorar los requisitos de la adopción solicitada en España por los *kafiles*. La AP de Cádiz se centra en el examen de los requisitos de la adopción en sede del artículo 176.2 C.c entendiéndolo que la situación en que se encuentra el menor en España, a resultas de la *kafala*, es equivalente al acogimiento familiar y es por lo que aplica directamente la norma material española y se apoya en su auto de 12 de marzo de 2018. Este enfoque es criticable pues ha obviado la prohibición del artículo 19.4 LAI, aplicable en la especie toda vez que se trata la constitución en España de una adopción de un menor extranjero sujeto a *kafala* por decisión de la autoridad competente marroquí siendo que el Derecho marroquí (ley aplicable al menor) no reconoce la institución de la adopción. Una interpretación a nuestro parecer errónea pues al obviar la aplicación de la norma de conflicto española (prohibición de la adopción en los términos ya examinados) va a provocar “una adopción claudicante”.

16. El enfoque de la AP de Logroño entiende que es la resolución dictada en el país de origen la que debe tomarse en consideración para determinar, en primer término, su equivalencia con la institución española del acogimiento familiar. A partir de este dato y de los informes y declaraciones de los solicitantes, toma en cuenta la prohibición del art. 19.4 LAI, para determinar si, en la especie, existe o no una situación de desamparo del menor y bajo tutela de la institución protectora española, único supuesto en el que cabría una adopción *ex novo* en España sin que sea precisa la propuesta de la entidad pública. Al contrastar la situación del menor y declarar que ni está en situación de desamparo ni está tutelado por la administración, toma en cuenta su ley personal (marroquí) que prohíbe la adopción y aplica el mandato prohibitivo de la LAI.

17. En nuestra opinión, este segundo argumento es el correcto tanto desde la perspectiva formal del mandato del art. 19.4 LAI como por la finalidad de las normas de Derecho internacional privado. Asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas privadas es coherente con el interés superior del menor que ha quedado satisfecho correctamente con los derechos que le posibilita el acogimiento familiar en España.