

ANUARIO ESPAÑOL  
DE DERECHO  
INTERNACIONAL  
PRIVADO

TOMO XII



*Iprolex*  
2012

**Edición:****Iprolex, S.L.**

Mártires Oblatos, 19, bis  
28224 Pozuelo, Madrid (España)  
Teléfono: (34) 91 709 00 65  
Fax: (34) 91 709 00 66  
e-mail [iprolex@iprolex.com](mailto:iprolex@iprolex.com)  
<http://www.iprolex.com>

**Redacción:**

Profesora Dra. Patricia Orejudo Prieto de los Mozos  
Departamento de Derecho internacional público y de Derecho  
internacional privado  
Facultad de Derecho, Universidad Complutense  
Ciudad Universitaria  
28040 Madrid (España)  
Teléfono: (34) 91 394 55 92  
Fax: (34) 91 394 55 37  
[patricia.orejudo@der.ucm.es](mailto:patricia.orejudo@der.ucm.es)

**Impresión:****Torreblanca Impresores**

Paseo Imperial, 57  
28005 Madrid (España)  
Teléfono: (34) 91 365 20 07

**Distribución:****Marcial Pons**

Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.  
San Sotero, 6,  
28037, Madrid (España)  
[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)

**Web:**

<http://www.aedipr.com>

ISBN: 84-931681-1-4 Obra completa  
ISSN: 1578-3138  
Depósito Legal: M-30684-2000  
Impreso en España

## Director

**José Carlos Fernández Rozas**  
Catedrático de Derecho internacional privado de la  
Universidad Complutense de Madrid, *Asociado del Institut  
de Droit International*

## Comité científico

**Bertrand Ancel**  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Tito Ballarino**  
Professore ordinario di diritto internazionale  
dell'Università di Padova

**Jürgen Basedow**  
Director del Max-Planck-Institut für ausländisches und  
internationales Privatrecht (Hamburgo)

**Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano**  
Catedrático de Derecho civil de la  
Universidad Autónoma de Madrid

**Alegría Borrás**  
Catedrática de Derecho internacional privado  
de la Universidad de Barcelona

**Nuria Bouza Vidal**  
Catedrática de Derecho internacional privado  
de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

**Santiago Álvarez González**  
Catedrático de Derecho internacional privado  
de la Universidad de Santiago de Compostela

**Marc Fallon**  
Professeur ordinaire à l'Université  
Catholique de Louvain

**Rui M. de Gens Moura Ramos**  
Presidente del Tribunal Constitucional de Portugal

**Leonel Pereznieto Castro**  
Profesor de la Universidad Nacional de México

**Sixto A. Sánchez Lorenzo**  
Catedrático de Derecho internacional privado  
de la Universidad de Granada

**Evelio Verdera y Tuells**  
Profesor Emérito de Derecho mercantil de la  
Universidad Complutense de Madrid

## Consejo de redacción

**Juan José Álvarez Rubio** (Catedrático de la Universidad del País Vasco); **Rafael Arenas García** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona); **Nerina Boschiero** (Prof.ssa Ordinaria, Università degli Studi di Milano); **Rodolfo Dávalos Fernández** (Profesor Principal de la Universidad de La Habana); **Pedro A. de Miguel Asensio** (Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid); **Dário Moura Vicente** (Catedrático de la Universidad de Lisboa); **Carlos A. Esplugues Mota** (Catedrático de la Universidad de Valencia); **Fernando Esteban de la Rosa** (Catedrático habilitado de la Universidad de Granada); **Federico F. Garau Sobrino** (Catedrático de la Universidad de las Islas Baleares); **Francisco J. Garcimartín Alférez** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid); **Cristina González Beilfuss** (Catedrática de la Universidad de Barcelona); **Alejandro Garro** (Professor of Law, Columbia Law School); **Pilar Jiménez Blanco** (Catedrática habilitada de la Universidad de Oviedo); **Toshiyuki Kono** (Professor of Faculty of Law, Universidad de Kyushu, Fukuoka/Japón); **Stefan Leible** (Catedrático de la Universität Bayreuth); **Pedro Martínez Fraga** (DLA Piper, Miami, USA); **Guillermo Palao Moreno** (Catedrático de la Universidad de Valencia); **Marta Requejo Isidro** (Senior Research Fellow, Max Planck Institute Luxembourg); **Pilar Rodríguez Mateos** (Catedrática de la Universidad de Oviedo); **Paul Torremans** (Professor of Law, University of Nottingham).

## Secretaria

**Patricia Orejudo Prieto de los Mozos**  
Profesora titular de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense

## Redactores

**Elena Artuch Iriberry** (Profesora titular de la Universidad Complutense de Madrid); **M<sup>a</sup> Victoria Cuartero Rubio** (Letrada del Tribunal Constitucional), **Ángel Espiniella Menéndez** (Profesor titular de la Universidad de Oviedo); **Victor Fuentes Camacho** (Profesor titular de la Universidad Complutense de Madrid); **Julio García López** (Profesor titular de la Universidad Complutense de Madrid); **Miguel Gardeñes Santiago** (Profesor titular de la Autónoma de Barcelona); **Iván Heredia Cervantes** (Profesor titular de la Universidad Autónoma de Madrid); **Mónica Herranz Ballesteros** (Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la UNED); **Aurelio López-Tarruella Martínez** (Profesor titular de la Universidad de Alicante); **José Hernán Muriel Ciceri** (Profesor investigador, Universidad Santo Tomás, Bogotá); **Cristian Oró Martínez** (Senior Research Fellow, Max Planck Institute Luxembourg); **Carmen Otero García-Castrillón** (Profesora titular de la Universidad Complutense de Madrid); y **Benedetta Ubertazzi** (Università di Macerata).

## Comité evaluador de la calidad científica \*

**Paloma Abarca Junco** (Catedrática de la UNED); **Pilar Blanco-Morales y Limones** (Catedrática de la Universidad de Extremadura); **Alfonso Luis Calvo Caravaca** (Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid); **Fernando Castedo Álvarez** (Abogado del Estado); **Bernardo M<sup>a</sup> Cremades Sanz-Pastor** (Abogado); **Manuel Desantes Real** (Catedrático de la Universidad de Alicante); **Jose M<sup>a</sup> De Dios Marcer** (Profesor titular de la Universidad Autónoma de Barcelona); **José M<sup>a</sup> Espinar Vicente** (Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares); **Albert Font Segura** (Profesor titular de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona); **Joaquim-Joan Forner Delaygua** (Catedrático de la Universidad de Barcelona); **M<sup>a</sup> Paz García Rubio** (Catedrática de la Universidad de Santiago de Compostela); **Luis Garau Juaneda** (Catedrático de la Universidad de las Islas Baleares); **Eloy Gayán Rodríguez** (Profesor titular de la Universidad de A Coruña); **Mónica Guzmán Zapater** (Catedrática de la Uned); **Miguel A. Michinel Álvarez** (Catedrático habilitado de la Universidad de Vigo); **Luis Ortiz Blanco** (Profesor titular de la Universidad Complutense); **José Manuel Otero Lastres** (Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares); **Elisa Pérez Vera** (Catedrática Emérita de la UNED); **José Picón Martín** (Notario de Madrid); **Andrés Rodríguez Benot** (Catedrático de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla); **Juan Sánchez Calero Guilarte** (Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid); **Ignacio Solís Villa** (Notario de Madrid); **Blanca Vilá Costa** (Catedrática de la Universidad Autónoma de Barcelona); **Miguel Virgós Soriano** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid); **Elena Zabalo Escudero** (Catedrática de la Universidad de Zaragoza); **Francisco Javier Zamora Cabot** (Catedrático de la Universidad Jaume I de Castellón).

---

\* A los efectos de cumplimentar el apartado 21 de los criterios de calidad editorial Latindex.

**Colaboran en el presente tomo**

**Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ**  
**Juan José ÁLVAREZ RUBIO**  
**Beatriz AÑOVEROS TERRADAS**  
**Rafael ARENAS GARCÍA**  
**Unai BELINTXON MARTIN**  
**Gilberto BOUTIN ICAZA**  
**Nuria BOUZA VIDAL**  
**Rocío CARO GÁNDARA**  
**Clara Isabel CORDERO ÁLVAREZ**  
**Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO**  
**Pilar DIAGO DIAGO**  
**Pilar DOMÍNGUEZ LOZANO**  
**Antonia DURÁN AYAGO**  
**María Jesús ELVIRA BENAYAS**  
**José María ESPINAR VICENTE**  
**Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ**  
**Fernando ESTEBAN DE LA ROSA**  
**Gloria ESTEBAN DE LA ROSA**  
**Lydia ESTEVE GONZÁLEZ**  
**Ana FERNÁNDEZ PÉREZ**  
**José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS**  
**Josep M. FONTANELLAS MORELL**  
**Albert FONT I SEGURA**  
**Joaquim J. FORNER DELAYGUA**  
**Dale Beck FURNISH**  
**Federico F. GARAU SOBRINO**  
**Julio A. GARCÍA LÓPEZ**  
**Carmen María GARCÍA MIRETE**  
**Miguel GARDEÑES SANTIAGO**  
**Eloy GAYAN RODRÍGUEZ**  
**M<sup>a</sup> Esperança GINEBRA MOLINS**  
**Cristina GONZALEZ BEILFUSS**  
**Montserrat GUZMÁN PECES**  
**Iván HEREDIA CERVANTES**  
**Lerdys HEREDIA SÁNCHEZ**  
**Monica HERRANZ BALLESTEROS**  
**Pilar JIMÉNEZ BLANCO**

**Ángeles LARA AGUADO**  
**Enrique LINARES RODRÍGUEZ**  
**Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI**  
**Nuria MARCHAL ESCALONA**  
**Juan Ignacio MARCUELLO SALTO**  
**Manuel MEDINA ORTEGA**  
**Ramón MORRAL SOLDEVILA**  
**José Hernán MURIEL-CICERI**  
**Xabier ORBEGOZO MIGUEL**  
**Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS**  
**MOZOS**  
**Cristian ORÓ MARTÍNEZ**  
**Carmen OTERO GARCÍA-**  
**CASTRILLÓN**  
**Giacomo PAILLI**  
**Guillermo PALAO MORENO**  
**Paula PARADELA AREÁN**  
**Ramón Santiago PAZ LAMELA**  
**Manuel PENADÉS FONTS**  
**José Ignacio PAREDES PÉREZ**  
**Elisa PÉREZ VERA**  
**Luana-Elena PICIARCA**  
**Isabel REIG FABADO**  
**Andrés RODRÍGUEZ BENOT**  
**Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ**  
**Carmen RUIZ SUTIL**  
**Darío A. SANDOVAL SHAIK**  
**Jorge Alberto SILVA**  
**Gerald SPINDLER**  
**Elisa TORRALBA MENDIOLA**  
**Ramón VIÑAS FARRÉ**  
**Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ**  
**Ricardo RUEDA VALDIVIA**  
**Rosa MIQUEL SALA**  
**Sara SÁNCHEZ FERNÁNDEZ**  
**Rebeca VARELA FIGUEROA**  
**Huang ZHANG**



## SUMARIO

	<b>Pág.</b>
José María ESPINAR VICENTE <i>IN MEMORIAM</i> JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO .....	33-35
 <b><i>ESTUDIOS</i></b>	
José María ESPINAR VICENTE LA FUNCION DE LA NACIONALIDAD Y LA EXTRANJERÍA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CONTEMPORÁNEO .....	39-64
Jorge Alberto SILVA DELIMITACIÓN DISCIPLINAR DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. UNA PERSPECTIVA MEXICANA .....	65-90
José Ignacio PAREDES PÉREZ ALCANCE Y CONTENIDO DE LA NOCIÓN DE EQUIVALENCIA EN EL DERE- CHO INTERNACIONAL PRIVADO .....	91-126
Luana-Elena PICIARCA EL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN TRANSFRONTERIZA: ¿NUEVA EX- PRESIÓN DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO? .....	127-148
Juan Ignacio MARCUELLO SALTO LOS PRINCIPALES PROCEDIMIENTOS PRECONCURSALES DEL DERECHO COMPARADO EUROPEO EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIO- NAL PRIVADO ACTUAL .....	149-188
Giacomo PAILLI DISUASIÓN GLOBAL DE CONDUCTAS ILÍCITAS: BÚSQUEDA DE UN FORO ÚNICO PARA LAS CONTROVERSIAS TRANSFRONTERIZAS EN MATE- RIA DE CONSUMO .....	189-226
Dale Beck FURNISH EL NACIONALISMO REGISTRAL DEL CÓDIGO UNIFORME DE COMERCIO ESTADOUNIDENSE: IMPLICACIONES PRÁCTICAS PARA OTROS SISTE- MAS NACIONALES Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO .....	227-242

Manuel PENADÉS FONTS	
LAS FISURAS DE ROMA I Y LOS INTERESES NACIONALES .....	243-264
Antonia DURÁN AYAGO	
EL ACCESO AL REGISTRO CIVIL DE CERTIFICACIONES REGISTRALES EX- TRANJERAS A LA LUZ DE LA LEY 20/2011: RELEVANCIA PARA LOS CASOS DE FILIACIÓN HABIDA A TRAVÉS DE GESTACIÓN POR SUSTI- TUCIÓN .....	265-308
Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ	
SUSTITUCIÓN Y ADICIÓN DE DEUDORES EN EL REGLAMENTO “ROMA I” ...	309-333
Montserrat GUZMÁN PECES	
LA TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE ADQUISICIÓN DE LA NACIO- NALIDAD POR RESIDENCIA: LAS REFORMAS PROYECTADAS EN LA LEY 20/2011 DE REGISTRO CIVIL Y EN LOS SUCESIVOS ANTEPROYEC- TOS .....	335-364
Gerald SPINDLER	
LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y ELECCIÓN DE LA LEY SOCIETARIA DESARROLLOS RECIENTES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA .....	365-376
José María ESPINAR VICENTE	
EL PROYECTO DE REFORMA INTEGRAL DE LOS REGISTROS. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL REGISTRO CIVIL .....	377-407
Iván HEREDIA CERVANTES	
LA INSCRIPCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EXTRANJERAS EN LA LEY DEL REGISTRO CIVIL DE 2011 .....	409-432
Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS	
REGULACIÓN DEL MATRIMONIO EN SITUACIONES INTERNACIONALES TRAS LA REFORMA DE LA LEY DE REGISTRO CIVIL DE 2011 .....	433-453
Clara Isabel CORDERO ÁLVAREZ	
ADOPCIÓN EN EUROPA Y EFECTOS DE LA <i>KAFÁLA</i> EN EL MARCO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS .....	455-489
Gilberto BOUTIN ICAZA	
DE LOS SISTEMAS REGÍSTRALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRI- VADO PANAMEÑO Y LA DOCTRINA DE LOS ACTOS COMPORTANDO EFECTOS EXTRATERRITORIALES DE PLENO DERECHO .....	491-516



***VARIA***

Manuel MEDINA ORTEGA EL ESTATUTO POLÍTICO DEL CIUDADANO EUROPEO .....	519-536
Carmen OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN INTERVENCIÓN ADUANERA E INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE PRO- PIEDAD INTELECTUAL: CUESTIONES DE DERECHO APLICABLE .....	537-554
Carmen María GARCÍA MIRETE EL LUGAR EN EL QUE SE PRODUCE LA REUTILIZACIÓN DE UNA BASES DE DATOS ELECTRÓNICA EN INTERNET: EL CASO <i>FOOTBALL DATACO VS.</i> <i>SPORTRADAR</i> .....	555-565
José Hernán MURIEL-CICERI SUCESIONES INTERNACIONALES EN EUROPA Y COLOMBIA .....	567-580
Enrique LINARES RODRÍGUEZ HOMOLOGACIÓN EN TERCEROS ESTADOS DE LA SENTENCIA DICTADA EN <i>ECUADOR VS. CHEVRON</i> .....	581-606

***FOROS INTERNACIONALES***

Julio A. GARCÍA LÓPEZ PROTOCOLOS DE ADHESIÓN Y SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN LA OMC: LOS AÑOS DEL DRAGÓN (2008-2012) .....	609-634
Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ LAS ACTIVIDADES DE LA COMISIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL PERIODO MAYO 2012- MAYO 2013 ..	635-655
Nuria BOUZA VIDAL UNIDROIT ANTE LOS RETOS DEL SIGLO XXI .....	657-669

***TEXTOS LEGALES*****UNIÓN EUROPEA****REGLAMENTOS**

Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación

## ADOPCIÓN EN EUROPA Y EFECTOS DE LA *KAFÁLA* EN EL MARCO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Clara Isabel CORDERO ÁLVAREZ \*

SUMARIO: I. Introducción. II. La *kafála* y los derechos fundamentales del menor en el CEDH: 1. El derecho a la vida privada y familiar efectiva del menor. 2. Jurisprudencia del TEDH en la materia: Asunto *Harroudj c. France*. III. Estado de la cuestión en España a la luz de la Ley de Adopción internacional: 1. Efectos legales de la *kafála* extranjera en España. 2. Constitución *ex novo* de adopción en España partiendo de una *kafála*: A) Cuestiones de competencia judicial internacional; B) Ley rectora de la adopción. IV. Conclusiones.

RESUMEN: La reciente Sentencia TECH dictada en el asunto *Harroudj c. France* pone de manifiesto que existen aún cuestiones pendientes por resolver respecto de la institución de la *kafála* en Europa. Esta resolución aborda la compatibilidad con el derecho a la vida familiar del menor (art. 8 CEDH) de los sistemas nacionales de Derecho internacional privado que deniegan la conversión de la *kafála* en adopción por remisión a la ley nacional del menor que prohíbe tal institución. Para el TEDH esta aproximación es plenamente compatible con el CEDH, estableciendo que el interés superior del menor está garantizado con esta figura sin necesidad de la conversión en adopción. Esta postura pone en entredicho aquellas aproximaciones nacionales que, como la española, se fundamentan en ese interés superior del menor para conceder tal conversión en su territorio.

PALABRAS CLAVE: KAFALA – ADOPCIÓN INTERNACIONAL – CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR – ASUNTO *HARROUDJ C. FRANCE*.

*ABSTRACT: The European Court of Human Rights (ECHR) in the Harroudj c. France case, has recently assessed the compatibility of the French national PIL system with the European Convention on Human Rights, regarding the refusal to convert kafala into an adoption in those situations in which the law of the nationality of the minor excludes adoption. From the Court's point of view that approach is compatible with the right to respect for private and family life of the minor (article 8), since the kafala institution is enough to protect properly the minor's interest. From the Spanish perspective, it is noteworthy that this development may also be of relevance with regard to the evolution of national systems that allow the conversion into adoption based on the minor's interest.*

---

\* Profesora ayudante doctora de la Universidad Complutense de Madrid.

**KEYWORDS:** KAFALA – INTERNATIONAL ADOPTION – EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS – RIGHT TO RESPECT FOR PRIVATE AND FAMILY LIFE – HARROUDJ C. FRANCE CASE.

## I. Introducción

1. La *kafâla*, o tutela legal del menor que generalmente ha sido abandonado o quedado huérfano, es un medio de protección infantil propio del Derecho musulmán que tiene reconocimiento en los principales convenios internacionales adoptados en materia de protección de la infancia –y progresivamente cada vez más por los sistemas nacionales –. Mediante la *kafâla* una persona individualmente o un matrimonio (*kafil/s*) se hace cargo de un menor (*makful*), a quien garantiza su mantenimiento y educación, pero sin creación de vínculos de parentesco (vínculo por consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio u otra relación estable de afectividad análoga a ésta), en definitiva no confiere derecho a la filiación ni a la sucesión<sup>1</sup>. Ello se debe a que el Corán prohíbe que el *makful* se integre en la familia con los mismos apellidos y los mismos derechos sucesorios que los hijos naturales<sup>2</sup>, tan sólo admite que el niño acogido se beneficie de los cuidados materiales y de la educación que le proporciona la nueva familia –si bien de la misma manera que si fuera un hijo –<sup>3</sup>.

Cada Estado reglamenta según sus criterios la configuración específica de esta figura así como sus requisitos formales y modalidades de funcionamiento<sup>4</sup>. Ahora bien, lo que no varía de un sistema a otro es su fundamento y su sujeción a la Ley *Sharia*. Esto justifica la significativa incidencia del factor religioso en esta particular figura de protección del menor: por un lado, únicamente podrán ser *kafil* aquellos que sean musulmanes –pues su misión es educar al menor en el Corán – y, por otro, de lo que se trata es de preservar los lazos de sangre y, en consecuencia, la exclusión de la adopción.

<sup>1</sup> Aunque la *Kafâla* no da derecho a la filiación y consecuentemente tampoco da derecho a la sucesión, la Ley marroquí relativa a la *Kafâla* de menores abandonados permite el que la persona que asume la *Kafâla* pueda beneficiar al menor acogido con una donación o legado, denominada *Tanzil* (art. 23 Ley nº 15 –01).

<sup>2</sup> *Vid.* versículos 4 y 5 de la Sura XXXIII.

<sup>3</sup> Las obligaciones que se derivan de la *kafâla* para el *Kafil* son muy claras al respecto en la generalidad de códigos nacionales de los países musulmanes.

<sup>4</sup> De tal manera que esta institución jurídica puede presentar variaciones dependiendo del sistema jurídico islámico que se tome como referente. Cabe destacar que en algunos ordenamientos islámicos se requiere como condición indispensable que el *Kafil* ostente la nacionalidad del Estado donde se constituye la *Kafâla* (como es el caso de la *Kafâla* argelina, de Siria o de Jordania), e incluso aunque el *kafil* sea nacional se le impide que se establezca en el extranjero con el menor *makful*. Hasta la controvertida Circular de septiembre 2012 del Ministro de Justicia marroquí –a la que nos referiremos posteriormente y en este momento basta con mencionar por adelantado que impide la constitución de *kafâlas* transfronterizas –, en el sistema marroquí para que se produjera tal desplazamiento era necesario contar con autorización del juez de tutelas una vez que se pruebe que es en interés de las partes (art. 24 Ley marroquí nº 15 –01 sobre la *Kafâla* de menores abandonados).

2. Es necesario que se establezca claramente cuáles son los efectos concretos que una *kafála* o adopción islámica constituida en el extranjero debe desplegar en el Estado de acogida del menor venido en *kafála* para su integración. El carácter desconocido de esta institución dificulta su asimilación o recepción en los sistemas jurídicos occidentales (y el reconocimiento de sus efectos más allá del país de origen), lo que conduce a prácticas desiguales entre los Estados a la hora de llevar a cabo esta operación<sup>5</sup>. En este aspecto aunque pueden plantearse ciertas descoordinaciones entre los sistemas jurídicos de acogida –cuando son Estados occidentales– éstas no son de carácter significativo, pues en los sistemas nacionales europeos el elemento común es que en la generalidad de ellos no se le reconoce efectos equiparables a la adopción o figura de protección que conlleve filiación, con independencia de la denominación que se le dé. La *kafála* no es equiparable en ningún caso a la adopción plena –en la que se rompen definitivamente los vínculos con la anterior familia– regulada por la generalidad de ordenamientos jurídicos europeos, pues jamás creará vínculos de filiación, pero tampoco en términos generales con las modalidades de adopción menos plenas, como son las adopciones simples<sup>6</sup>, aunque ciertos sistemas parece que optan por esta aproximación por vía convencional, como es el caso Italiano<sup>7</sup>. El acceso al registro o el reconocimiento de dichas adopciones islámicas con los efectos previstos para la adopción implicaría dotar a la institución de unos efectos de los que carece<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Sobre la relación entre el Derecho internacional privado e identidad cultural, así como de la posible transformación del conflicto de leyes en conflicto de civilizaciones y el problema de la integración de los derechos humanos en la disciplina en el ámbito familiar, *vid.* C. Campiglio, “Los conflictos normo – culturales en el ámbito familiar”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n° 2, 2012, pp. 5 –21 (en particular sobre la institución de la *kafála*, pp. 20 –21).

<sup>6</sup> Aunque dependiendo del tipo de adopción simple ésta no siempre crea un vínculo de parentesco entre el menor y la familia biológica del adoptante, pero en todas ellas como elemento común se observa que se mantienen los vínculos con la familia anterior –biológica del menor –.

<sup>7</sup> En el año 2003 se firmó en Rabat (Marruecos) el Proyecto de Acuerdo bilateral entre Italia y Marruecos en materia de adopción parcial o simple del menor, a los efectos de establecer una equivalencia entre la *kafála* y la adopción simple, figura recogida en el sistema italiano –a diferencia de lo que ocurren en el ordenamiento español, por lo que este tipo de acuerdo no sería posible en ningún caso desde la perspectiva española –. No obstante, esta equivalencia no es desde el punto de vista práctico una cuestión sencilla por cuanto que la adopción simple aunque no rompe con los vínculos jurídicos anteriores sí que genera en Italia nuevos vínculos de filiación, lo que no ocurre con la *kafála*. Al respecto véase A. Quiñones Escamez, “Impedimentos matrimoniales, leyes policía e internacionalidad. Alcance de las prohibiciones propias (bigamia) y las ajenas (adopción del menor venido en *kafála*)”, en S. Álvarez González (ed.), *Estudios de Derecho de Familia y Sucesiones*, Santiago de Compostela, 2009, pp. 247 – 296, en esp. pp. 272 –273.

<sup>8</sup> Esta cautela debe establecerse no sólo en relación con los casos de *kafála* sino ante cualquier adopción constituida en el extranjero susceptible de ser reconocida. Y esto es así cuando lo que se solicita es al acceso en España de la *kafála* o de cualquier adopción extranjera, tanto registralmente como incidentalmente en juicio, con independencia de que el adoptante sea o no español. (*cf.* J.C. Fernández Rozas,

Para establecer dichos efectos se realiza una equivalencia atendiendo a las figuras propias del ordenamiento de acogida –*lex fori*–, haciendo una calificación por función.

Esta cuestión precisamente es la que en mayor medida ha sido abordada por la doctrina nacional<sup>9</sup> e internacional<sup>10</sup>

3. Al margen de los eventuales efectos jurídicos de la *kafâla* en el Estado de acogida la posibilidad de su conversión<sup>11</sup> –si bien indirecta– en una adopción plena o su constitución *ex novo* en el Estado de acogida, recibe un tratamiento más variado en función del país de referencia<sup>12</sup>; e incluso en el caso español se ofrecen respuestas distintas por los tribunales ante tal solicitud, lo que da muestra de la confusión que existe al respecto.

Entre los factores que motivan la eventual solicitud de la conversión –indirecta– de la *kafâla* en el país de recepción del menor en una adopción –o constitución *ex novo*– es que como aquella no crea un lazo paternal –de filiación– con la nueva familia se genera más de un problema administrativo desde el inicio con la

---

“Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, nº 25, 2009, pp. 9–44, en esp. p. 26).

<sup>9</sup> Entre otros, desde la perspectiva nacional sobre la *kafâla* pueden verse, G. Esteban de la Rosa (coord.), *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Madrid, 2007, pp. 84–113; A. Rodríguez Benot, “Adopción y kafâla: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos occidentales”, *Derecho internacional y relaciones internacionales en el Mundo mediterráneo* (Actas de las XVII Jornadas de la AEPDIRI), Madrid, BOE, 1999, pp. 195–206; *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 kafâla)”, *Revista General del Derecho*, nº 667, 2000, pp. 4419–4447; J.C. Fernández Rozas, “Coordinación de ordenamientos...”, *loc. cit.*, pp. 16–19. Otras obras colectivas donde se aborda esta específica figura de protección del menor: Z. Combalía Solís, P. Diago Diago y A. González Varas, *Derecho islámico e interculturalidad*, Madrid 2011, en esp. pp. 111–159; M. P. Diago Diago, “La kafâla islámica en España”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2010, vol. 2, nº 1, pp. 140–164; *id.*, “La dot islamique à l’épreuve du conflit de civilisations, sous l’angle du Droit international privé espagnol”, *Annales de droit de Louvain*, 2001, pp. 407–442 y “La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos”, *Mundialización y familia*, Madrid 2001, pp. 143–176.

<sup>10</sup> Desde el punto de vista francés por ser un país típicamente receptor de *kafals* argelinas y marroquíes, entre otros, *vid.* M.C. Le Boursicot, “La Kafâla ou recueil légal des mineurs en droit musulman: une adoption sans filiation”, *Droit et cultures (online)*, nº 59, 2010–2011, pp. 283–302 (publicado el 6 julio de 2010, visto el 28 octubre de 2012, <http://droitcultures.revues.org/2138>).

<sup>11</sup> Posteriormente los niños acogidos bajo una *kafâla*, se trasladan a España, tramitándose la correspondiente adopción ante los tribunales. Sobre la práctica judicial anterior a la LAI, *vid.* G. Esteban de la Rosa (coord.), *Código Regulación de la adopción...*, pp. 267–272.

<sup>12</sup> En España el resultado dependerá de la aplicación que particularmente el juez de primera instancia haga de la LAI, que como se verá no es unívoca. Un estudio sobre el tratamiento de la cuestión: alcance de la ley policía extranjera que prohíbe la adopción, desde una perspectiva comparada, en particular, en el sistema italiano, francés, en el Reino Unido, Luxemburgo, Alemania, Suiza y Bélgica, puede verse en A. Quiñones Escamez, “Impedimentos matrimoniales, leyes policía...”, *loc. cit.*, pp. 272–282.

entrada del niño en el nuevo país, y también en el transcurso de su residencia. En ciertos países se han adoptado normas al respecto que impiden expresamente la concesión de adopciones de menores extranjeros cuando en sus países de origen la adopción no estuviera permitida –entre los que no se encuentra España<sup>13</sup>–. Este es, por ejemplo, el caso del Derecho francés, en el que en 2001 el parlamento francés aprobó una ley que prohíbe a los jueces nacionales conceder adopciones a niños extranjeros nacidos en países donde la adopción esté prohibida. Como consecuencia de aquella modificación legislativa, los menores tutelados en base a las disposiciones de la *kafála* –esto es, la mayor parte de los menores que vienen de Argelia y Marruecos–, no pueden ser adoptados por los que ostentan este carácter de tutor legal a no ser que el menor adquiriera la nacionalidad francesa, y en cualquier caso eso no ocurrirá antes de que alcancen al menos los cinco años de edad (ya que ese es el periodo mínimo que ha de probarse de estancia en el territorio francés a tales efectos).

4. La imposibilidad por previsión legal de constituir adopción en el territorio de acogida de los menores venidos en *kafála* ha planteado problemas en cuanto a su posible incompatibilidad con ciertos derechos fundamentales del menor a la luz del CEDH –en particular su derecho a vivir en familia–. Precisamente en la sentencia *Harroudj*<sup>14</sup> el Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado sobre esta cuestión desde la perspectiva de los eventuales derechos fundamentales del menor implicados –en particular su derecho a vivir en familia–, declarando la compatibilidad con el CEDH de aquellos sistemas nacionales que deniegan la adopción cuando sus normas de conflicto remiten al ordenamiento de la nacionalidad del menor –como así ocurre en el sistema francés– y éste prohíbe o desconoce la adopción. De esta forma, el TEDH de alguna manera echa por tierra aquellas aproximaciones nacionales que utilizan el argumento “el interés superior del menor”<sup>15</sup> para fundamentar la conversión de la *kafála* en una adopción –en la mayoría de los casos claudicante– pese a la prohibición de su Ley personal, lo que justifica que el tema se vuelva a retomar.

5. Esta es la primera vez en la que el Tribunal de Estrasburgo se pronuncia sobre la figura específica de la *kafála* y la compatibilidad de la misma y sus

---

<sup>13</sup> En la versión definitiva de la Ley de Adopción internacional no se recoge mención alguna a la imposibilidad de constituir adopción en aquellos casos en los que la ley de origen del menor *makful* lo prohíba o desconozca. Nuestro sistema no prevé requisitos *ad hoc* o específicos de DIPr para estos supuestos – a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas como el belga o el suizo–, por lo que *a priori* esta circunstancia no es un impedimento para tal solicitud.

<sup>14</sup> STEDH 4 de octubre de 2012, asunto *Harroudj c. France* (Recurso nº. 43631/09).

<sup>15</sup> Como ocurre en el sistema alemán: *vid.* art. 23 *in fine* EGBGB, o en el sistema español tal y como se desprende del articulado de la Ley de Adopción Internacional (art. 19.2º y 20 letra a) y de su Exposición de Motivos.

efectos en el Estado de acogida con los derechos fundamentales del menor. Ahora bien, pueden referirse resoluciones anteriores en las que los efectos –o falta de ellos– en el Estado de acogida –Estado requerido– de otras figuras de protección del menor o incapacitado constituidas válidamente en el extranjero de conformidad con el Derecho nacional del Estado de origen han sido objeto de análisis a la luz del CEDH, es el caso de la sentencia *Negrepontis*<sup>16</sup>. La sentencia *Harroudj* presenta elementos nuevos de gran relevancia que requieren de su análisis y que previsiblemente vayan a condicionar de aquí en adelante las prácticas nacionales en lo que respecta a las futuras solicitudes de adopción en Europa cuando se trate de una tutela legal o *kafâla* acudiendo al interés del menor y a sus derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, habrá que analizar la práctica judicial española.

## II. La kafâla y los derechos fundamentales del menor en el CEDH

6. Los Estados contratantes del CEDH deben adecuar sus sistemas nacionales, incluyendo aquellos relativos al Derecho internacional privado, para que sean respetuosos y garantes de los derechos y libertades que se consagran en este Convenio. En este sentido la jurisprudencia del TEDH dictada en los últimos años permite hablar de la existencia de un derecho de los particulares al reconocimiento de un estatus familiar adquirido de conformidad con un Derecho extranjero, cuando la denegación del mismo suponga una situación claudicante para alguno de los derechos recogidos en el Convenio europeo. El CEDH, a través de las decisiones del TEDH, puede forzar a los Estados contratantes a abrir sus sistemas de DIPr con el objeto de reconocer una relación familiar constituida en el extranjero según *lex causae*, incluso cuando dicha relación familiar pudiera no ser considerada como válidamente constituida si las reglas de conflicto del foro fueran aplicadas de manera rígida<sup>17</sup>. Este sería el caso de aquellas instituciones familiares que obedecen a una realidad social desconocida para el Derecho del foro –como es el caso de las instituciones de Derecho musulmán en los sistemas de cultura occidental– pero no por ello el TEDH puede ignorarlas o despreciarlas. En definitiva, una relación familiar válidamente constituida bajo

<sup>16</sup> STEDH 3 de mayo de 2011, *Negrepontis –Giannis c. Grecia*, C –56759/08. En esta sentencia el TEDH estimó que Grecia al no reconocer una adopción constituida mediante resolución judicial en EE UU vulneró varios derechos fundamentales del reclamante consagrados en la CEDH: principalmente el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8), pero también el derecho a no ser discriminado en el disfrute de los derechos y libertades consagrados en el Convenio (art. 14), el derecho a la propiedad (art. 1 del primer Protocolo a la Convención) e incluso el derecho procesal a la eficacia de las resoluciones judiciales obtenidas como corolario de la garantía de un proceso justo del art. 6.

<sup>17</sup> Cf. P. Kinsch, “Private international law topics before the european court of human rights selected judgments and decisions (2010 –2011)”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, vol. 13, 2011, pp. 37–49, en esp. p. 42.

un sistema extranjero –de conformidad con las normas conflictuales del Estado de origen– es merecedor de protección por el CEDH y, en consecuencia, es posible solicitar su tutela ante el TEDH. Ahora bien, necesariamente han de concurrir dos requisitos previos: 1º) que las partes hayan constituido esa relación familiar de buena fe de conformidad con el Derecho extranjero en cuestión y 2º) que la expectativa de las partes de estabilidad –respecto de esa relación o estatus– debe ser legítima. Típicamente esa legitimidad dependerá de la intensidad de la conexión del supuesto con el ordenamiento jurídico extranjero según el cual la relación se ha constituido. No obstante, el mero hecho de que las expectativas de las partes les dé derecho a la protección (de los derechos fundamentales implicados) no significa que su situación sea imperturbable. Es posible la perturbación de este derecho siempre que existan razones fundadas para ello en atención a los intereses en juego, de conformidad con el principio de proporcionalidad. Desde esta perspectiva, cabe afirmar que el hecho de que la relación o estatus que sea objeto de análisis no hubiera sido viable desde el punto de vista del sistema del foro –en consecuencia, en principio no susceptible de reconocimiento allí– no es una razón suficiente en sí misma para declinar este derecho<sup>18</sup>.

### *1. El derecho a la vida privada y familiar efectiva del menor*

7. En los supuestos en los que el TEDH ha tenido que pronunciarse ante la institución de la *kafála*, constituida en el Estado de origen de conformidad con su ordenamiento jurídico y cuya equivalencia en adopción en el Estado de acogida se ha denegado, la fundamentación que los reclamantes (generalmente el *kafil*) han utilizado ha sido la vulneración del efectivo derecho a la vida privada y familiar del menor (art. 8 CEDH). Para determinar si esta denegación en estos términos es o no contraria al Convenio recurriremos a la doctrina del TEDH respecto de la interpretación y alcance del derecho del art. 8 que pueda resultar de aplicación aquí.

8. Como ya se ha referido anteriormente, el derecho al reconocimiento en el Estado de acogida de un estatus familiar o de una relación encaminada a la protección del menor constituida válidamente en el extranjero –Estado de origen– es un criterio que puede aducirse como actualmente asentado en la jurisprudencia del TEDH, cuando la denegación de esta situación suponga la desprotección de alguno de los derechos fundamentales tutelados por el CEDH (derecho a la vida familiar). En lo que respecta al posible recurso al derecho a la vida privada y

---

<sup>18</sup> En este sentido se pronuncia P. Kinsch, en “Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad –Private International Law and European Human Rights Law–”, en K. Boele –Woelki; T. Einhorn; D. Girsberger y S. Symeonides (eds), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, la Haya, 2010, pp. 232 –275, en esp. p. 259.



familiar del menor como fundamento del reconocimiento de decisiones extranjeras, resulta relevante la referida sentencia *Negrepontis*. En esta resolución, versada específicamente sobre una adopción constituida en EE UU, el Tribunal confirma su criterio ya manifestado previamente en la sentencia *Wagner y J.M.W.L.*<sup>19</sup>. Claramente el Tribunal favorece el reconocimiento de decisiones extranjeras en los Estados miembros del CEDH, pues concluye que las obligaciones positivas al respeto efectivo de la vida familiar con base en el art. 8 se proyectan sobre las relaciones de estado civil y familiares constituidas en el extranjero, de modo que la negativa al reconocimiento de decisiones extranjeras en virtud de las cuales se constituyen tales relaciones suponen una injerencia en el derecho protegido por el art. 8<sup>20</sup>. Asimismo, el tribunal reincide en que de conformidad con su jurisprudencia, para que la injerencia pueda considerarse como aceptable y no implique una violación del art. 8 del Convenio es necesario que la denegación del reconocimiento de la decisión extranjera responda a una necesidad social imperiosa y sea proporcional al fin legítimo perseguido<sup>21</sup>. En esta sentencia el Tribunal apostilla, además, que la denegación de reconocimiento y ejecución de una decisión extranjera que implique una injerencia en la vida privada y familiar con base en la interpretación de orden público, según la cual la denegación del reconocimiento no responda a una necesidad social imperiosa, supone que se ha hecho un empleo arbitrario y desproporcionado de la noción de orden público en circunstancias tales que determinan asimismo la vulneración del art. 6.1º CEDH (derecho a un proceso equitativo)<sup>22</sup>.

Ahora bien, ha de distinguirse necesariamente aquellos supuestos –como el que sirvió de base en el asunto *Negrepontis*– en los que se trata de reconocer los mismos efectos en el Estado de acogida, con las mismas o al menos equivalentes consecuencias de continuidad/estabilidad de la institución/estatus jurídico para

---

<sup>19</sup> STEDH 28 de junio de 2007, *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*, C-76240/01, donde por el tribunal se estudió la compatibilidad con el CEDH de la denegación del reconocimiento en Luxemburgo de una adopción constituida en Perú en el que la adoptante era una ciudadana de Luxemburgo y el adoptado un niño peruano. El argumento que los tribunales luxemburgueses utilizaron para denegar el reconocimiento había sido la no aplicación por la autoridad peruana del Derecho luxemburgués (ley nacional del adoptante) que prohíbe que los solteros adopten en forma plena, lo que hubiera supuesto la no constitución de la adopción. Según esta decisión, la aplicación de las normas de DIPr del Estado requerido para el no reconocimiento de un estatus jurídico adquirido en el extranjero –decisión judicial de constitución de adopción peruana– debe, en la medida que interfiere en las legítimas expectativas de las partes en cuanto a la estabilidad de su relación de familia, estar justificada de conformidad con el principio de proporcionalidad para no resultar lesivo del art. 8 CEDH.

<sup>20</sup> *Vid.* ap. 54.

<sup>21</sup> *Vid.* ap. 61

<sup>22</sup> Ahora bien, no es fácilmente asimilable la identificación del derecho/obligación de los Estados contratantes a reconocer las decisiones extranjeras como mero corolario del derecho fundamental a un proceso equitativo, al menos a día de hoy. Sobre el estado de la cuestión *vid.* P. Kinsch, “Private International Law...”, *loc. cit.*, p. 44, con referencia expresa a la doctrina internacional señalada en nota a pie nº 21.

los sujetos implicados que las establecidas en el Estado de origen –de conformidad con el ordenamiento extranjero aplicado para su constitución–, de aquellos en los que se pretende que se reconozca en el Estado de acogida distintos efectos o resultados para esa institución de los reconocidos en el propio Estado de constitución (origen). Es en este último grupo de supuestos en el que ha de encajarse aquellos casos en los que lo que se pretende por el *kafil* es que la institución de la *kafála* constituida en el extranjero produzca en el Estado de acogida efectos equivalentes a la adopción, basándose en un eventual derecho fundamental del menor a la vida íntima y familiar efectiva. Es decir, solicitando que se reconozca distinta eficacia y efectos de los que en el propio Estado de origen se reconocen a esta figura, pues, como ya se ha establecido en párrafos anteriores, en ningún caso la *kafála* crea lazos de filiación entre el menor *makful* y el *kafil* y consecuentemente –para el caso de que los tuviera – no se rompen los lazos de filiación con la familia natural. Partiendo de que no es posible una conversión directa de la *kafála* en adopción, mediante el reconocimiento de los mismos efectos en el Estado requerido, la otra opción que se plantea es la posible conversión indirecta o constitución *ex novo* de una adopción partiendo de una previa *kafála* cuando el Derecho del Estado de origen –al que remite la norma de conflicto del foro– prohíbe esa figura. Este es precisamente el caso sobre el que ha resuelto el TEDH en el asunto *Harroudj c. France*<sup>23</sup>, resolución que resulta muy significativa en esta materia y que merece un detallado análisis.

## 2. Jurisprudencia del TEDH en la materia: Asunto Harroudj c. France

9. En la sentencia de referencia el TEDH analiza la adecuación o respeto del sistema de DIPr francés a los derechos fundamentales consagrados en el CEDH (en particular al principio de no discriminación por nacionalidad del art. 14 y el derecho a la vida privada y familiar del menor del art. 8) en un supuesto de denegación de adopción en Francia de un menor *makful* de nacionalidad argelina. El análisis en concreto se centra en su norma de conflicto para los supuestos de adopción internacional: el art. 370.3 párrafo 2º, Cod. Civil francés. Según el tenor literal de este precepto, la adopción de un menor extranjero no puede ser pronunciada si su ley personal prohíbe esta institución, excepto si este menor nació y habitualmente reside en Francia. Se plantea por la reclamante que el diseño de esta norma de conflicto supone un trato discriminatorio para el menor, ya que el resultado varía en función de la nacionalidad que se ostente por el menor. Como la regla conflictual reenvía la ley del estatuto personal, no puede considerarse como discriminatoria y, consecuentemente, es conforme a los arts. 8 y 14 CEDH y con el resto de normas de Derecho internacional implicadas :como

---

<sup>23</sup> *Loc. cit.*

es el art. 4 a) del Convenio de la Haya del 29 de mayo de 1993 sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de la adopción internacional que prevé que la adopción puede ser pronunciada sólo si las autoridades competentes del Estado de origen establecieron que el niño era adoptable, lo que no es el caso ya que la adopción está prohibida en el Estado de origen (art. 46 del Código argelino de familia<sup>24</sup>). El interés superior del menor no se vulnera con ésta reglamentación, toda vez que la remisión al Derecho del Estado de origen –ley personal del menor – aunque supone que no pueda constituirse una adopción, la figura de la *kafâla* es lo suficientemente tuitiva y protectora del menor<sup>25</sup> dado que preserva el interés del niño legalizando la acogida de los tutores y que el Derecho musulmán prevé otras disposiciones para la transmisión de los bienes.

10. En definitiva, la denegación de efectos de adopción de una *kafâla* constituida en el extranjero no puede entenderse de ninguna manera como lesiva de la legítima expectativa de estabilidad o continuidad de la relación pseudo –familiar que con la *kafâla* se establece entre el menor y el *kafil* en el Estado de origen. La no equiparación entre estas figuras distintas, no es más que el reflejo de la coherencia entre sistemas –de la plena asimilación de una figura en principio desconocida por el Estado requerido en los mismos términos– respetando la naturaleza que tiene institución en el Estado de origen, de la misma manera que otras figuras o instituciones de protección del menor coexisten. En consecuencia, la denegación de la solicitud de constitución de adopción partiendo de la existencia previa de una *kafâla*, no resulta lesiva ni del derecho a la vida familiar del menor –que no se ve afectado por esta circunstancia – ni del derecho a la no discriminación del art. 14 por nacionalidad en el disfrute de los derechos consagrados en el CEDH. Toda vez que el criterio nacionalidad como punto de conexión resulta plenamente conforme con el principio de igualdad y proporcionalidad, y la institución de la *kafâla* es suficientemente garante de los intereses del menor, tal y como se deriva de la reglamentación internacional de la protección del menor – de los principales textos internacionales<sup>26</sup>–.

---

<sup>24</sup> El código argelino de familia no prevé excepción a la prohibición de la adopción cuando el niño no tiene filiación establecida, como era el caso.

<sup>25</sup> Que expresamente es reconocida por el art. 20.3º del Convenio del 20 de noviembre de 1989 relativo a los derechos del niño, como que preserva con el mismo título que la adopción, el interés superior de éste.

<sup>26</sup> Como marco general común relativo a los derechos fundamentales del menor se encuentra la Convención de Naciones Unidas relativa a los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, donde entre las particulares medidas de protección el menor en atención a su interés superior se incluyen tanto la *kafâla* como la adopción –en particular cabe referir sus arts. 20 y 21–. Asimismo, cabe referir ciertas disposiciones del Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993 sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional –partiendo de sus Considerandos previos–. El último

### III. Estado de la cuestión en España a la luz de la Ley de Adopción internacional

11. En el caso español las disposiciones aplicables del sistema de DIPr autónomo para los supuestos de *kafâlas* constituidas en el extranjero básicamente están recogidas en la Ley de Adopción internacional –en adelante LAI–<sup>27</sup>. Partiendo de que la *kafâla* no es una institución asimilable a la adopción<sup>28</sup> –ni siquiera en su versión simple– el análisis de esta ley viene referida al hecho de que en este texto se establecen normas sobre protección de menores para situaciones distintas a la adopción<sup>29</sup> –Título III–. La reglamentación que esta Ley realiza de este ámbito aporta bastante poco al régimen anterior, a lo que ha de añadirse los problemas que desde el punto de vista sistemático puede plantear la inclusión de esta materia dentro de una ley sobre adopción internacional<sup>30</sup>. Particularmente en atención a la existencia de instrumentos internacionales que recogen normas de DIPr. en este ámbito material como es el caso de Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la

---

de los instrumentos internacionales que ha de referirse en la reglamentación internacional de la *kafâla* es 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 en La Haya el 19 de octubre de 1996 (España firmó el Convenio de 1996 en abril de 2003, y fue ratificado en diciembre de 2010 (BOE, 2–XII–10 –, vigente desde el 1 de enero de 2011). Este instrumento recoge de manera expresa junto a otras medidas protectoras del menor el *kafâla*, tal y como resulta de los arts. 3, letra e) y 33.

<sup>27</sup> Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, BOE, 29 –XII–2007.

<sup>28</sup> El art. 1.2º LAI delimita inicialmente su ámbito de aplicación material al definir qué se entiende por adopción internacional: “el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de los adoptantes o adoptandos”. Sobre los dos elementos relevantes para la delimitación del ámbito de aplicación de la LAI: (1) instituciones que crean vínculos de filiación y (2) que concurre elemento extranjero, *vid.* R Arenas García y C. González Beilfuss, “La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, *REEI*, nº 17, 2009, pp. 6–8.

<sup>29</sup> Pese a su nomenclatura, pues va más allá y reglamenta normas para figuras tales como la *kafâla* que no conllevan vínculos de filiación. Lo que se pretende con esta definición (art. 1.2º) es excluir estas otras figuras extranjeras –en especial a la *kafâla*– del ámbito de aplicación de las normas relativas a la adopción internacional de la Ley y reglamentarlas mediante las normas relativas a otras instituciones de protección de menores contenidas en el Título III LAI. Esta previsión trata de evitar la conversión o transformación fraudulenta de instituciones como la adopción simple o la *kafâla* en adopciones; toda vez que estas instituciones no establecen un auténtico vínculo de filiación entre adoptante y adoptado, y en los casos en los que los padres biológicos del menor sigan viviendo no implican la ruptura de los vínculos anteriores –y en las adopciones simples, típicamente es posible la revocación de la adopción–. *Vid.* A. Rodríguez Benot, “Adopción y *kafâla*: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos occidentales”, *Derecho internacional y relaciones internacionales en el Mundo Mediterráneo* (Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales), Madrid, BOE, 1999, pp. 195–206.

<sup>30</sup> *Cf.* S. Álvarez González, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión de ambos”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 39–69, en esp. p. 43.

ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños –ratificado por España y en vigor desde enero de 2011–; y dentro del ámbito comunitario los Estados miembros deben adoptar medidas internas adecuadas para la aplicación correcta del denominado RB II *bis* (Reglamento nº 2201/2003), la regulación de estas otras medidas de protección del menor en esta norma autónoma puede resultar disfuncional para conseguir tales objetivos<sup>31</sup>.

12. Si bien es cierto que en ningún caso se puede producir una conversión automática –directa – de la *kafâla* en adopción tal y como está consignado en la LAI, también lo es que se permite e incluso facilita la adopción *ex novo* posterior del menor *makful*<sup>32</sup> –o conversión indirecta<sup>33</sup> –. Y ello pese a que los consentimientos y autorizaciones otorgados en el Estado de origen del menor *makful* no recogen ni la extinción de los vínculos jurídicos con la familia de origen ni la creación de nuevos con la familia de recepción, ya que la adopción está prohibida precisamente por esos efectos sobre la filiación. En cualquier caso, tanto la posibilidad de solicitar la constitución *ex novo* de adopción, así como para determinar qué efectos deben reconocerse en España a las *kafâlas* constituidas válidamente en el extranjero y los requisitos para ello, habrá que tenerse en consideración las reglas de DIPr contenidas en esta Ley<sup>34</sup>. En esta norma se recogen

---

<sup>31</sup> *Ibid.*, con referencia al estudio de A. Borrás Rodríguez, “Espagne. Nouvelle loi sur l’adoption internationale”, en su nota a pie nº 10. Estos dos instrumentos, el Convenio de 1996 y el Reglamento Bruselas II bis, han de funcionar conjuntamente estableciendo un marco regional e internacional para la protección de menores, a lo que no contribuye la LAI.

<sup>32</sup> No obstante, la localización de la reglamentación de la *kafâla* en el título III de la LAI – fuera de las disposiciones relativas a la adopción –, como ya veremos puede facilitar en la práctica la constitución de adopciones respecto de menores *makful* acogidos en España sin que se realice la comprobación del otorgamiento de los consentimientos a tal efecto necesarios, ya que consentimientos y autorizaciones otorgados en el Estado de origen no contemplan ni la extinción de vínculos jurídicos con la familia de origen ni la creación de vínculos jurídicos con la familia de recepción, pues allí la adopción no está permitida.

<sup>33</sup> Utilizando la expresión de R. Arenas García y C. González Beilfuss, en su artículo “La Ley 54/2007...”, *loc. cit.*, pp. 18–19.

<sup>34</sup> Para un análisis pormenorizado de esta Ley véase R. Arenas García, C. González Beilfuss, “La Ley 54/2007...”, *loc. cit.*; S. Álvarez González, “Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año X 6910, de 25 de marzo de 2008; *id.*, “La Ley de adopción internacional...”, *loc. cit.*; y anteriormente el mismo autor sobre el Proyecto de ley: “El Proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *AC*, nº 22, 2007, pp. 2597–2618. El texto legal definitivo aprobado no fue muy bien acogido por la mayoría de la doctrina por sus deficiencias técnicas, como es el caso de S. Álvarez González en los trabajos referidos, y en términos generales en el mismo sentido C. Esplugues Mota, “La nueva ley española de adopción internacional de Diciembre de 2007: ¿Una ocasión perdida?”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2008, nº 2, pp. 363–380. Para una visión distinta, *vid.* A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional. Reflexiones y comentarios*, Granada, 2008).

las reglas relativas a los requisitos o condiciones necesario para el reconocimiento de los efectos legales de la institución en España (Capítulo II del Título III), los foros de competencia judicial internacional para el caso de solicitud constitución *ex novo* de adopción partiendo de aquella (Capítulo I de su título II), así como las correspondientes reglas sobre ley aplicable a la eventual adopción (Capítulo II del Capítulo I).

### 1. Efectos legales de la *kafâla* extranjera en España

13. La técnica que el sistema de DIPr español utiliza para determinar los efectos jurídicos que a la institución de la *kafâla* han de reconocerse en España como país de acogida es la calificación por función buscando la equivalencia de efectos en el ordenamiento español, tal y como se deriva de la LAI (art. 34)<sup>35</sup>. No obstante, con anterioridad a este texto legal la ausencia de reglamentación específica en la materia tuvo que integrarse por fuentes distintas al legislador nacional para resolver problemas que en la práctica ha generado esta institución en el territorio español, fundamentalmente en cuanto a su acceso al Registro civil<sup>36</sup> y que posteriormente han tenido reflejo en la norma positiva.

14. La *kafâla* no puede acogerse a lo establecido en la LAI para su convalidación como adopción plena, pues en cuanto a su alcance la *kafâla* no puede ni siquiera considerarse como una adopción simple<sup>37</sup>. Esta es la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) que ha sido recogida en diversas resoluciones sobre la *kafâla*, destacando principalmente la Resolución –Circular DGRN 15 de julio de 2006<sup>38</sup> –adoptada con anteriori-

<sup>35</sup> Sobre la calificación y efectos de las decisiones sobre menores que no llevan aparejadas vínculo de filiación, entre otras la *kafâla*, *vid.* R Arenas García y C. González Beilfuss, “La Ley 54/2007...”, *loc. cit.*, pp. 36–37.

<sup>36</sup> Para aproximación general sobre la práctica registral en España en relación con las adopciones internacionales *vid.*, A. Lara Aguado, “Adopción internacional: relatividad de la equivalencia de efectos y sentido común en la interpretación del Derecho extranjero”, *REDI*, vol. LX, 2008, I, pp. 129–145. En particular, ante los supuestos de *kafâlas* constituidas en el extranjero de conformidad al Derecho islámico, diferenciando los distintos tipos de *kafâla*: la constituida por autoridad pública extranjera sin intervención de progenitores (respecto de menor huérfano o declarado en desamparo), y aquellas constituidas por los padres biológicos, *vid.* la práctica de la Dirección General de Inmigración en las pp. 142–143.

<sup>37</sup> Tampoco la LAI resulta muy favorable a la convalidación en España de adopciones extranjeras aunque tengan carácter pleno en el Estado de origen. Según la Sentencia *Wagner* (*loc. cit.*) en todos los supuestos en los que una adopción se ha constituido válidamente en el extranjero debe justificarse cuidadosamente la denegación del reconocimiento de dicha adopción. La LAI no recoge este principio e introduce condiciones para el reconocimiento de las adopciones “que resultan dudosamente justificables con carácter general y mucho menos a la luz de las exigencias que se derivan de la Sentencia *Wagner*”. *Cf.* R Arenas García y C. González Beilfuss, “La Ley 54/2007...”, *loc. cit.*, p. 6.

<sup>38</sup> Dictada por la DGRN, publicada en *BOE*, 30-VIII-06 (RCL 2006, 1652). Esta Resolución fue ampliamente criticada por un amplio sector doctrinal entre otros, *vid.* S. Álvarez González, “Reconocimien-

dad a la promulgación de la LAI –. De conformidad con esta Circular de 2006 (número II, punto 4, cuarto, 2º párrafo), el Derecho islámico no regula ninguna institución como la adopción plena del Derecho español, esto es, que permita equiparar la posición jurídica del hijo adoptivo con la propia de la filiación natural creando vínculos de parentesco con el consecuente cambio en el estado civil de las personas afectadas<sup>39</sup>. En el número II de esta Resolución se contenía una serie de equivalencias o mejor dicho de “correspondencias” de efectos que la *kafâla* produce en el ordenamiento español, que en modo alguno son de igualdad –toda vez que la igualdad o equivalencia de efectos exclusivamente era exigido en el ahora desplazado art. 9.5º Cc respecto de las adopciones en las que le adoptante fuera español, lo que no es el caso–. Para acogerse a tales correspondencias era necesario que la institución hubiera sido válidamente constituida por autoridad extranjera siempre que no vulnere el orden público internacional español, y que los documentos en que aquella consta se encontraran debidamente legalizados y traducidos al idioma español. Entre otros efectos recogidos en la Circular cabe destacar: la ausencia de vínculos de filiación entre el *kafil/s* y el menor, la imposibilidad de su reconocimiento como adopción en España y su equivalencia a un acogimiento familiar.

Considerada la *kafâla* como un acogimiento, la norma de conflicto aplicable sería la contenida en el art. 9.6º Cc, recurriendo a la técnica de la “calificación por la función”. Así mismo, la solución por la que optó la Res. DGRN (II. 4º, quinto 4ª) conducía a la posible calificación como adopciones simples aquellos supuestos en los que ello potencie el interés del menor en España (en referencia al art. 9.5º Cc, ahora arts. 2 y 3 de la Ley de Adopción internacional: objeto y finalidad de la Ley y principios informadores), lo que en el caso de la *kafâla* no sería posible. Esta equivalencia de efectos de la *kafâla* como acogimiento familiar ha sido recogida expresamente en la LAI, si bien no como la única opción sino en concurrencia con otra figura: la tutela (art. 34.1º).

15. En cualquier caso, para conseguir en España el reconocimiento de los efectos de las decisiones extranjeras relativas a instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación –como es el caso–, el sistema autónomo establece una serie de condiciones o requisitos que la decisión en cuestión deberá cumplir (Capítulo II del Título III LAI). Dichos requisitos vie-

---

to e inscripción en el Registro civil de las adopciones internacionales”, *REDI*, vol. LVIII, nº 2, 2006, pp. 683–710; también en una aproximación general hace una valoración crítica de manera global F. Calvo Babio, “Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional”, *Iuris: Actualidad y práctica del Derecho*, nº 125, 2008, pp. 56–63.

<sup>39</sup> Y en el mismo sentido Resoluciones de 14 de mayo de 1992, RJ 1992, 5251; 18 de octubre de 1993, RJ 1993, 8022; 13 de octubre de 1995, RJ 1995, 9985; 1 de febrero de 1996, RJ 1996, 2450; 27 de febrero de, JUR 2007, 108921; y 21 de marzo de 2006, JUR 2007, 111879.

nen establecidos en el art. 34 de la Ley (n<sup>os</sup> 1 a 4), y en caso de que se cumplan la institución en cuestión producirá en España los mismos efectos que la figura del acogimiento familiar o, en su caso, de una tutela, regulados en el Derecho español (art. 34.I). Entre los requisitos enumerados se encuentran la equivalencia de efectos entre la institución extranjera y el acogimiento familiar o tutela previstos en la ley española; el control de la competencia judicial internacional del autoridad del Estado de origen para dictar la decisión –con especial referencia al criterio de proximidad como elemento determinante de la competencia (art. 34.2<sup>o</sup>.II)–, el control de la ley aplicada; que el documento donde conste la constitución de la figura cumpla con los requisitos formales de autenticidad (legalización o apostilla y traducción al español, salvo reglas especiales convencionales) y finalmente el tradicional recurso al orden público internacional como causa de denegación del reconocimiento.

16. El primero de los condicionantes previstos es la equiparación funcional de la *kafála* con el acogimiento familiar o con la tutela del Derecho español. El tribunal nacional ante el que se solicita el reconocimiento deberá decidir en cada caso concreto si aquella institución se debe equiparar o no a una tutela o a un acogimiento familiar atendiendo a las funciones que el sistema español determina para estas figuras. El objeto de esta equiparación o equivalencia con las figuras españolas –al margen de que se trate de una institución desconocida para el ordenamiento jurídico español que necesita ser acomodada para que opere– es preparar su posible conversión indirecta o constitución *ex novo* en una adopción en el territorio español por las autoridades españolas. Desde esta perspectiva, una vez que se haya procedido a la equivalencia no sería necesario la fase administrativa previa ni tampoco la propuesta previa de adopción en el supuesto de “llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo” (art. 176.2.3<sup>o</sup> Cc), siempre y cuando se cumplan con los requisitos necesarios relativos a los consentimientos y/o asentimientos de los padres biológicos del menor –si los tuviere– que exige la ley española<sup>40</sup>.

17. En segundo lugar, se establece el control de la competencia judicial internacional de la autoridad extranjera. Para que proceda el reconocimiento en España de los efectos de la *kafála* –según su calificación– es necesario que aquella hubiera sido acordada por autoridad extranjera competente, ya sea judicial o administrativa. Este control de competencia se fundamenta en última instancia en el principio de proximidad, toda vez que a pesar de que se entienda cumplido

---

<sup>40</sup> Sin perjuicio, como se verá en el siguiente apartado, de que puedan resultar de aplicación otras leyes distintas a la española por el juego de las reglas de conflicto previstas en la Ley de adopción internacional en la constitución de la adopción.



este requisito cuando por la autoridad extranjera se respetaron los fueros de competencia recogidos en su propio Derecho, cabe la denegación en aquellos supuestos en los que se considere por el tribunal español requerido que el criterio de competencia utilizado fue exorbitante –atendiendo a las conexiones existentes entre el supuesto y el foro (art. 34.2 II)<sup>41</sup>–.

18. El tercero de los requisitos es el del control de la Ley aplicada. Esto supone que para conseguir el reconocimiento es necesario que la autoridad de origen haya aplicado a la constitución de la *kafâla* o figura de protección equivalente la Ley o Leyes estatales localizadas por la norma de conflicto del foro. De esta manera se procede a controlar si la institución de protección del menor es válida en el país de origen antes de reconocer efectos a la misma en España (doble control internacional).

19. Los dos últimos condicionantes para el reconocimiento son: por un lado, el control formal del documento donde consta la constitución de la figura en cuestión (requisitos formales de autenticidad de legalización o apostilla y traducción al idioma español, salvo que estén exentos de legalización o traducción de conformidad con alguna norma vigente) y, por otro lado, el respeto al orden público internacional español. Este último requisito debe interpretarse de manera estricta debido a su carácter excepcional de este recurso, de tal manera que únicamente deberá denegarse el reconocimiento de una decisión de *kafâla* o institución análoga cuando sus efectos sean manifiestamente contrarios al orden público internacional español –lo que raramente podrá apreciarse dada la naturaleza, alcance y finalidad de esta institución –.

20. Una vez que la decisión extranjera cumpla con todos los requisitos establecidos por la LAI ha de plantearse cuáles son las consecuencias de la concesión del reconocimiento en España de la *kafâla* –lo que se deriva directamente del primero de las condiciones de reconocimiento, art. 34.1º)

El hecho de que en el ordenamiento español la *kafâla* sea una institución que no se contempla de manera expresa, conduce a que para que despliegue efectos legales en la jurisdicción española –tras el procedimiento de homologación – debe equipararse a una figura prevista en nuestro sistema (calificación *ex lege fori*). Tras el reconocimiento la *kafâla* no se asimila como tal en el ordenamiento jurídico español sino que se adecua a éste, y para ello el legislador ha optado por equipararlo a una tutela o a un acogimiento familiar del Derecho español (art. 34); este será el máximo nivel de reconocimiento que una *kafâla*

---

<sup>41</sup> Este mismo criterio es el que utiliza el art. 26.1.1º para determinar la validez en España de las adopciones plenas constituidas por autoridad extranjera en defecto de instrumento internacional.

musulmana puede conseguir en el ordenamiento español. La calificación se realizará por el juez nacional competente en atención a las circunstancias particulares.

21. La práctica registral reciente corrobora esta aproximación legal de equivalencias de efectos de la *kafâla* en el sistema español. La Res. DGRN (4<sup>a</sup>) 29 de marzo de 2011<sup>42</sup>, aborda la cuestión de los efectos de la *kafâla* marroquí en relación con el derecho de opción a la nacionalidad española de sujetos sometidos a la patria potestad de un español (art. 20.1<sup>o</sup> Cc). En el asunto de referencia, la abuela –nacional española de origen– de dos menores que tiene acogidos en *kafâla* desde 2005 –concedida por autoridad marroquí– pretende ejercer el derecho de opción de nacionalidad en nombre de los menores *makful s* al amparo del art. 20.1<sup>o</sup> Cc. basándose en la situación continuada de “adopción marroquí”. Lo que se plantea aquí es si la *kafâla* puede equipararse a la patria potestad que el precepto exige para el ejercicio de ese derecho de opción –a través de la técnica de la calificación por la función–. Para resolver sobre esta cuestión ha de tenerse en cuenta el tan referido principio del sistema de DIPr español: la calificación *ex lege fori* (art. 12.1<sup>o</sup> Cc.), según el cual para resolver si los menores están o han estado sujetos a la patria potestad del *kafil* –la abuela– habrá que calificarlo con arreglo al Derecho español. Según la ley española las relaciones de patria potestad se derivan únicamente entre padres e hijos, ya sea la filiación por naturaleza o adoptiva. De tal manera que el punto determinante aquí es si la *kafâla* o adopción marroquí puede equipararse a una adopción a la luz del ordenamiento español. Con independencia de la nomenclatura utilizada en el país de origen, lo relevante es la equiparación de efectos de la institución con la adopción española para saber si produce o no efectos en la filiación de los menores. Como ya se ha concluido anteriormente la equiparación de efectos que la *kafâla* produce en España es del acogimiento familiar o tutela según los casos. En particular, en este caso aunque sí existe relación de parentesco entre las partes no existe relación de filiación, pues la institución no ha creado un vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados –si bien ya existía entre las partes previa a su constitución–, tampoco implica alteración alguna del estado civil, únicamente hace surgir una obligación personal del *kafil* –adoptante/s– respecto de los *makful s* –adoptado– y sus necesidades de manutención. Consecuentemente, esta figura no es a la luz de lo establecido en la Ley del Registro Civil (LRC), en particular de su art. 1<sup>o</sup>, uno de los actos que son susceptibles de inscripción en el Registro, pues en caso contrario podría inducir a graves equívocos sobre el alcance y efectos de esta institución<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 12 febrero de 2012, pp. 271–273.

<sup>43</sup> Cf. Apartado IV *in fine* de la resolución DGRN de 29 de marzo de 2011 (*loc. cit.*).

Partiendo de la calificación de la *kafâla* como de acogimiento o tutela, la norma de conflicto aplicable será la contenida en el art. 9.6° Cc, según la cual: “la tutela y demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste”. La aplicación del Derecho marroquí en este caso, no altera la conclusión anterior: de la *kafâla* no se deriva filiación alguna<sup>44</sup>. Consecuentemente, ante la falta de filiación y por ende de sujeción a la patria potestad a través de la figura de la *kafâla*, necesariamente ha de denegarse la el derecho de opción que se solicita. En definitiva, y remitiéndonos de nuevo a la LAI en su art. 34 que expresamente equipara la *kafâla* al acogimiento familiar o tutela –si cumple con los requisitos establecidos en este precepto–, los efectos que esta institución puede producir en el ámbito registral es el meramente informativo (arts. 38 LRC y 81,145 y 154.3° RRC).

## 2. Constitución ex novo de adopción en España partiendo de una kafâla

22. En la práctica española –no exenta de problemas– es bastante usual la solicitud de constitución *ex novo* ante los tribunales españoles de una adopción plena respecto de menores acogidos en nuestro territorio bajo la figura de una *kafâla* constituida en el extranjero –países del Magreb–. Esta práctica no está regulada directamente en la LAI, lo que podría haber evitado más de un problema de los que esta conversión indirecta puede generar –fundamentalmente de índole diplomático– en relación con los países de origen donde la adopción es una institución desconocida o prohibida por razones religiosas<sup>45</sup>. El hecho de admitir la conversión –indirecta– o constitución *ex novo* de una adopción respecto de aquellos menores puede implicar la trasgresión de los compromisos formales que los ahora adoptantes –entonces *kafîles*– hubieran asumido frente a las autoridades del Estado de origen, lo que ha tenido reflejo en ciertos países del Magreb. Recientemente se ha tenido noticias de una Circular adoptada por Marruecos –Ministerio de Justicia– que incide directamente en la posibilidad de constituir válidamente *kafâlas* sobre menores marroquíes por españoles en aquél país: Circular nº 40 S/2 Reino de Marruecos<sup>46</sup>. Esta resolución supone la denegación de constitución de *kafâla* por parte de extranjeros que no residen habitualmente en Marruecos. Esta resolución se traduce no en la prohibición de la constitución de *kafâlas* por nacionales extranjeros sino en

<sup>44</sup> Los arts. 142 y 149 del Código de Familia o *Mudawana* (Ley nº 70.03) establecen que: “la filiación tiene lugar por la procreación del niño por sus padres” y que “la adopción es nula y no comporta ninguno de los efectos de la filiación legítima”.

<sup>45</sup> Vid. R. Arenas García y C. González Beilfuss, “La Ley 54/2007...”, *loc. cit.*, pp. 18 ss.

<sup>46</sup> En septiembre de 2012 el Ministro marroquí de Justicia, Mustafâ Ramid, envió una circular a los fiscales para que paralizasen aquellos procesos iniciados por padres extranjeros que no fuesen residentes en Marruecos. Fuente: *El País* ([http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/02/16/actualidad/1361018352\\_354233.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/02/16/actualidad/1361018352_354233.html), visto el 4 de marzo de 2013).

un endurecimiento de las condiciones para su constitución. Esto es, se sigue aceptando la *kafâla* internacional, y en consecuencia los españoles pueden solicitarla, pero deben residir habitualmente en Marruecos –lo que conduce a un destierro de hecho y de Derecho de las *kafâlas* “transfronterizas”, no así las internacionales a razón de la nacionalidad del *kafil/es*–. La justificación de esta restricción expresa se encuentra en la falta de control por parte de las autoridades marroquíes de uno de los elementos fundamentales de esta figura: la educación del menor *makful* –*makful*– en la religión islámica, cuando se trata de menores abandonados que residen fuera del país de origen. Los españoles que constituyen *kafâla* en Marruecos tienen que ser musulmanes, y cumplido este requisito en principio la nacionalidad no es un problema, aceptándose por tanto la *kafâla* internacional. Esta importante condición y su consiguiente obligación no se desconoce por los españoles que solicitan la *kafâla*, por cuanto que si no profesan la religión islámica deben abrazar el Islam y aportar un acta de conversión otorgada ante dos *Adel* o notarios en presencia de dos testigos y certificada por autoridad judicial<sup>47</sup>. Ahora bien, pese a este requisito inicial e imprescindible, el problema se plantea cuando los *kafiles* dejan o no llegan a cumplir nunca los deberes que con la *kafâla* asumen, en particular las relativas a la educación del menor en el Islam, llegando a constituir adopciones plenas en España ante juez español respecto de esos menores marroquíes una vez que son trasladados a nuestro país, lo que era difícilmente controlable por las autoridades marroquíes –especialmente si el menor es un niño abandonado–. Y es precisamente en este contexto de “descontrol” en el que se ha adoptado esta drástica resolución<sup>48</sup>.

23. Dado que la LAI guarda silencio a este respecto, podría plantearse una modificación *ad hoc* de la norma que pudiera salvaguardar los intereses en juego y que permitieran la no aplicación de esta Circular –o al menos una matización de la misma–. Para ello debería preverse ciertos mecanismos de control y garantías que permitieran a las autoridades del reino alauí hacer un seguimiento de los niños dados en acogida –*kafâla*– a familias españolas, pudiendo verificar si el menor recibe la atención debida tanto física, cultural como religiosamente, que pudieran por ejemplo canalizarse a través de las entidades públicas autonómicas que remitieran informes periódicos a tales efectos al país de origen. Ante la no reforma legal también podría plantearse como solución la adopción de un convenio entre España y Marruecos que garantizara la continuidad de *kafâlas* internacionales y transfronterizas, recogiendo las consideraciones referidas anterior-

<sup>47</sup> Cf. P. Diago Diago, “La *kafâla* islámica...”, *loc. cit.*, pp. 148–149.

<sup>48</sup> Ante la cual puede plantearse sin estos controles a los que hace referencia se realizan de manera regular respecto de las *kafâlas* constituida por nacionales marroquíes, residan o no en Marruecos, o sólo a los nacionales de terceros Estados.

mente o similares. Esto es, un instrumento que tuviera por objeto reglamentar los controles y requisitos para que se constituyan válidamente *kafâlas* en Marruecos por nacionales españoles que puedan establecer su residencia habitual en España. En cualquier caso, entre tanto podría plantearse como solución que el juez nacional en aplicación del art. 176 Cc pudiera considerar no idóneos a los solicitantes para adoptar en España del menor que tienen bajo su tutela/acogimiento en *kafâla*, si considera que aquella –que se constituyó en Marruecos– era fraudulenta. A tales efectos, se entendería como tal aquella *kafâla* que fue constituida con el único objetivo de lograr una posterior adopción en España del menor y los *Kafil* nunca cumplieron las obligaciones que asumieron al constituir la *kafâla* en Marruecos. En particular, aquellas las relativas a la educación del menor en la religión islámica, por lo que existiría una presunción *iuris tantum* de que engañaron a las autoridades marroquíes. En estos supuestos el juez podría considerar la no idoneidad del adoptante o adoptantes que para el ejercicio de la patria potestad.

24. No obstante la LAI reglamenta en su Título III el reconocimiento de la *kafâla* estableciendo su calificación y equivalencia de funciones en el sistema español: acogimiento familiar o tutela, según los casos, nada se dice en esta norma sobre la posterior tramitación de la adopción, por lo que hay que entender que hay que seguir las normas ordinarias previstas en ella para la adopción de niños no nacionales<sup>49</sup>.

25. Por su parte, la práctica registral viene marcada por la ya referida Resolución Circular de la DGRN de 2006, según la cual –dependiendo de los supuestos– es posible de solicitar con éxito la adopción de un menor en España partiendo de una institución de protección de alcance limitado –como la *kafâla*– si se dan ciertas circunstancias. En este sentido, transcurrido más de un año desde que el menor está conviviendo en régimen de tutela (tutela dativa) se considera que mediante la adopción se dota a dicha convivencia de más estabilidad y efectos jurídicos. Para la consecución de tal expectativa es necesario presentar una demanda de constitución de adopción ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del adoptante (art. 63 LEC/1881). La solicitud se tramitará de conformidad con las normas de la jurisdicción voluntaria (arts. 1829 a 1832 LEC/1881), siéndole de aplicación igualmente las reglas comunes de los arts. 1825 a 1826 LEC/1881 y las disposiciones generales de los arts. 1811 a 1824 del mismo cuerpo legal, excepción del art. 1817. Si bien, como se verá a continuación, el resultado del expediente de adopción puede variar según los supuestos.

---

<sup>49</sup> Dado que con el acogimiento o la tutela el menor no adquiere la nacionalidad española de origen, lo que sí ocurriría en caso de adopción.

### A) Cuestiones de competencia judicial internacional

26. La posibilidad de solicitar una adopción en estos términos plantea principalmente problemas de Derecho aplicable, aunque habrá que despejar previamente la cuestión de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles ya que se trataría de una adopción internacional cuyo elemento extranjero vendría determinado por la nacionalidad del menor (pese a ser constituida en España la adopción y que los adoptantes puedan ser de nacionalidad española, además es posible que el adoptando no adquiera nunca la nacionalidad española).

A la hora de determinar la competencia judicial en materia de adopción internacional en el sistema español ha de diferenciarse dos supuestos distintos, pues de ello depende que la fundamentación de la competencia de los tribunales españoles haya de buscarse en diferentes textos normativos. Por un lado, para los casos de adopción internacional distintos a su constitución, por tratarse de filiación adoptiva y de relaciones paterno-filiales de carácter adoptivo, los juzgados y tribunales españoles serán competentes cuando el menor tenga residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España (art 22.3º LOPJ). Por otro lado –en lo que ahora interesa–, la competencia judicial de los tribunales españoles cuando se refiere a supuestos de constitución de una adopción de carácter internacional –en este caso partiendo previamente de una *kafála*– ha de buscarse en la LAI (arts. 14 y 16)<sup>50</sup>. Las reglas de competencia de la LAI han desplazado a los arts. 22.3º LOPJ y 9.5º Cc en lo relativo a la competencia judicial en materia de constitución de adopción. Desde una perspectiva comparativa con la situación anterior a esta norma, cabe señalar que el legislador realiza un desglose de su contenido pero con similar resultado, si bien, introduciendo elementos de flexibilización que pretenden garantizar la protección del menor adoptado –en el marco general de la filiación–, así como facilitar la práctica del mayor número posible de adopciones internacionales.

---

<sup>50</sup> El art. 14 recoge las reglas de competencia judicial internacional para la constitución de adopción en supuestos internacionales, y el art. 16 reglamenta la competencia objetiva y territorial del órgano jurisdiccional: “1. La determinación del concreto órgano jurisdiccional competente objetiva y territorialmente para la constitución de la adopción internacional se llevará a cabo con arreglo a las normas de la jurisdicción voluntaria. En el caso de no poder determinarse la competencia territorial con arreglo al párrafo anterior, ésta corresponderá al órgano judicial que los adoptantes elijan”. El último párrafo del art. 16 deja un amplio margen de discrecionalidad a los órganos jurisdiccionales que puede conducir a la indeseable inseguridad jurídica.

27. La regulación de la competencia judicial internacional que la LAI realiza puede calificarse como potencialmente excesiva desde una perspectiva general si se toma en consideración el recurso reiterado al criterio de nacionalidad española que puede conducir a una competencia exorbitante de los tribunales españoles cuando no exista otra conexión con el supuesto que la mera nacionalidad española<sup>51</sup>. El legislador trata de atribuir competencia a los juzgados y tribunales españoles para conocer del mayor número posible de supuestos que tengan vinculación con España, por muy pequeña que ésta sea, para constituir adopciones<sup>52</sup>. Lo inadecuado de esta solución ya se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones por diversa doctrina nacional<sup>53</sup> por lo que no nos detendremos en este aspecto para centrarnos exclusivamente en lo que respecta a los criterios atributivos de competencia aplicables para los supuestos de constitución de adopción internacional a partir de una *kafâla*. El fuero aplicable para estos supuestos es el contenido en el art. 14.1º que atribuye competencia a los tribunales españoles cuando el adoptante y/o adoptado tengan nacionalidad española o residencia habitual en España en el momento de presentación de la solicitud de adopción. En los supuestos de *kafâlas* constituidas en el extranjero –siendo España el país de acogida–, el adoptando no suele ostentar la nacionalidad española sino la del Estado de origen. En estos casos, la posibilidad de solicitar ante los tribunales españoles la constitución de una adopción *ex novo* partiendo de la preexistente *kafâla* estará garantizada por ser España el lugar de residencia habitual del menor así como del adoptante sin perjuicio de que éste último tenga también reconocida la nacionalidad española<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Esta apreciación han sido uniforme entre la doctrina, al menos en un principio, incluso entre aquellos que en la actualidad alaban el texto de la Ley. Este es el caso de A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, si bien en relación con el Proyecto de Ley –que no se ha modificado en este aspecto respecto del texto definitivo de la Ley–, en *Derecho internacional privado*, vol. II, 8ª ed., Granada, 2007, p. 185, y con anterioridad por los mismos, *Derecho internacional privado*, vol. II, 6ª ed., Granada, 2005, p. 131 (donde se calificaba como fuero exorbitante el uso de este criterio). Ahora bien, posteriormente en su estudio de la Ley estas mismas soluciones se consideran adecuadas, *ibid.*, La Ley 54/2007..., *ob. cit.*, pp. 77 ss.

<sup>52</sup> El catálogo de cuatro foros alternativos que contiene el art. 14 de la Ley: los primeros relativos al adoptando con nacionalidad española o residencia habitual en España y, el segundo, referentes al adoptante, también con nacionalidad española o residencia habitual en España, están orientados a conseguir una finalidad muy clara: abrir la competencia judicial de los órganos jurisdiccionales españoles al mayor número posible de supuestos que tengan vinculación con España, es por ello por lo que la vinculación de adoptando y adoptante con la autoridad judicial que ha de constituir la adopción tiene una particular relevancia.

<sup>53</sup> Un análisis crítico desde el punto de vista literal y las posibles interpretaciones en la aplicación de las soluciones de atribución de competencia previstas en la Ley puede verse en S. Álvarez González, “La Ley de adopción...”, *loc. cit.*, pp. 49–51; C. González Beilfuss y R. Arenas La Ley 54/2007..., *loc. cit.*, pp. 9–11.

<sup>54</sup> Cuestión distinta son los problemas que la Ley plantea en relación con las competencias que en esta materia ostentan las Comunidades Autónomas ya que no las tiene en consideración (*cf.* S. Álvarez González, “La Ley de adopción...”, *loc. cit.*, pp. 43–48).

## B) Ley rectora de la adopción

28. Una vez establecida la competencia de los tribunales españoles, el órgano jurisdiccional –objetiva y territorialmente competente– deberá determinar el ordenamiento/s aplicables para resolver sobre la concesión o denegación de la adopción solicitada. La norma de conflicto que va a determinar el ordenamiento/s jurídico/s rector/es de la eventual adopción ha de buscarse igualmente en la LAI. Antes de entrar al análisis específico de las soluciones de ley aplicable que esta norma contiene para estos supuestos, cabe señalar que es posible solicitar la constitución de una adopción en España aunque se parta de una *kafála* constituida en un país extranjero de conformidad con un ordenamiento que prohíba o desconozca la adopción, pues no es un impedimento legal en el sistema español. El texto definitivo de la LAI no recoge la previsión del ap. 4º del art. 19 de su Proyecto de Ley donde se hacía referencia a la imposibilidad de constituir adopción en caso de menores cuya ley nacional prohíba o desconozca la adopción, sin matizaciones –con lo que podría establecerse un paralelismo con la reglamentación conflictual que realiza el sistema francés de DIPr que ha sido objeto de análisis por la STEDH *Harroudj c. France*–. Ésta puede considerarse como la novedad más relevante que presentó la Ley respecto del Proyecto. Sin perjuicio de que desde el punto de vista del interés superior del menor esta omisión puede resultar positiva –y dejando al margen la cuestión de que puede conducir claramente a adopciones potencialmente claudicantes– cabe plantearse si esta posición está suficientemente justificada dada la reciente doctrina del Tribunal de Estrasburgo.

29. En estos casos la adopción será de aquellas que se rigen por la ley española, pues se trata de niños extranjeros residentes en España (art. 18 LAI)<sup>55</sup>. Una de las causas que han motivado críticas a la LAI en este ámbito es la incorporación de cierto subjetivismo en la determinación de la Ley aplicable al recoger como criterio concluyente el traslado a España “con la finalidad de establecer su residencia habitual en España” (arts. 18.1º b y 21.1º) o a otro país con la misma finalidad: establecer allí su residencia habitual (art. 20.1º). De esta manera, la determinación de la ley aplicable dependerá de la prueba de esa intencionalidad por los interesados mediante declaraciones de voluntad –lo que complica esta operación a los juzgadores–<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> La Ley diferencia entre adopciones regidas por la ley española y aquellas regidas por una ley extranjera, lo que no resulta justificable desde el punto de vista técnico. En este sentido, C. Esplugues Mota, “La nueva ley española...”, *loc. cit.*, donde califica esta distinción como “artificiosa” (p. 372).

<sup>56</sup> Para J.Mª. Espinar Vicente es clara la directriz de política legislativa presente en esta norma: “que el ordenamiento aplicable a los negocios jurídicos civiles de prohijamiento debe ser el que rige en el



Las normas conflictuales previstas en la LAI pueden conducir a una pluralidad de leyes aplicables a la constitución de la adopción. Junto a la ley española se podrá aplicar la ley nacional del adoptando (art. 19: capacidad del adoptando y consentimientos necesarios) y además, para la constitución de la adopción, junto a la ley española la autoridad española podrá “exigir” lo prescrito en otras leyes (ley nacional o ley de residencia habitual del adoptante o adoptado) en materia de capacidad, consentimiento, audiencias y autorizaciones siempre que ello facilite la validez de la adopción en el país de la nacionalidad del adoptando (art. 19.2º) o “en otros países conectados con el supuesto” (art. 20). La exigencia de este condicionamiento para la aplicación de esas otras leyes supone la previsión de excepciones a la ley nacional del adoptante y/o adoptado –o de su residencia habitual distinta de España en el momento de la solicitud– que permitiría eventualmente al juzgador desconocer la aplicación de normas materialmente imperativas del ordenamiento del Estado de origen cuando éstas no faciliten la finalidad que se busca: la constitución de la adopción<sup>57</sup>. El legislador no se ha mostrado claro a este respecto, pues no se sabe a ciencia cierta la ley aplicable a la constitución de una adopción regida por la ley española: es tan sólo la ley española o también la ley nacional del adoptado en los casos del art. 19 (capacidad del adoptando y consentimientos necesarios de todos los intervinientes) o también la ley nacional o de la residencia habitual del adoptante o adoptado en los supuestos del art. 20 (consentimientos, audiencias y autorizaciones). Parece lógico es que se tenga en consideración al menos con carácter informativo aquellas otras leyes distintas a la española para dotar de una mayor validez internacional a la adopción<sup>58</sup>. En definitiva, se está ante una significativa indefinición

---

lugar donde se encuentre arraigado o vaya a arraigarse el adoptando” (cf. J.Mª Espinar Vicente, “Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional”, *AC*, nº 18, oct. 2008, tomo 2, *La Ley* 399929/2008, pp. 1–16, en esp. p. 10). Desde esta perspectiva aunque esta conexión podría considerarse que carece de la precisión necesaria, considera esta directriz particularmente acertada en particular cuando la competencia judicial internacional se haya fundamentado en la residencia habitual del adoptante, pues en estos casos la consolidación de la conexión con el ordenamiento jurídico español a través del adoptado (su residencia habitual o futura residencia habitual) no depende del *animus manendi* de ninguna de las partes (p. 9) No obstante, no resulta tan evidente cuando la competencia se sustentó exclusivamente en la nacionalidad española del adoptante y no así en su residencia habitual, lo que no se aborda por este autor, pues el análisis se centra en aquellos supuestos en los que el adoptante fuera ciudadano no europeo proponiendo ciertas modificaciones de carácter menor de la norma para estos casos (pp. 9–10).

<sup>57</sup> Lo que para A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, estaría dentro del “desarrollo judicial” de la norma de conflicto que fundamentan en la Exposición de Motivos de la Ley (*La ley 54/2007...*, *loc. cit.*, pp. 131–132); lo que no resulta tan justificada para otros autores, entre otros: S. Álvarez González, “La Ley de adopción...”, *loc. cit.*, p. 54 o R. Arenas García y C. González Beilfuss, “la Ley 54/2007...”, *loc. cit.* p. 19.

<sup>58</sup> Sobre la lógica de la aplicación de estas leyes a los supuestos de constitución de adopción por autoridad española y a los casos de nulidad de adopciones constituidas también por autoridad nacional, pero lo inadecuado de la situación cuando se trata de nulidad de adopciones constituidas por autoridades

de las leyes aplicables en estos supuestos<sup>59</sup>. Ahora bien, la práctica totalidad de los casos en los que se ha solicitado una conversión –indirecta– o constitución *ex novo* en España de una adopción partiendo de una *kafála*, los tribunales nacionales han aplicado exclusivamente el Derecho español a tal expediente.

30. Dado que la regularización de las *kafálas* no se insta como conversión de una adopción –simple o menos plena en una plena– no puede garantizarse que por el tribunal del foro en esta labor exija las condiciones previstas en el art. 30.4º LAI para verificar que se hubieran otorgado los consentimientos para la extinción de los vínculos jurídicos con la familia de origen. Es posible que por las autoridades judiciales nacionales se obvien las dificultades para tramitar el expediente de adopción en estos casos –en aplicación del art. 4 b) LAI: que no permite tramitar las adopciones de menor extranjero si no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción–, si se interpreta que tal impedimento no es aplicable en los supuestos en que la adopción no implica el traslado del niño<sup>60</sup>. Y en cualquier caso, también podría evitarse tramitando con carácter previo la solicitud de la nacionalidad del menor por residencia de conformidad al art. 22.2º.c) Cc. De esta manera con dos años de acogimiento o tutela y uno de residencia el elemento de extranjería podría desaparecer, de forma tal que las disposiciones de este texto normativo perderían su relevancia<sup>61</sup>. A esto ha de añadirse que, como a continuación se verá, es posible que por el órgano jurisdiccional no se considere necesaria la propuesta previa de entidad administrativa competente (art. 176.2º Cc) si el adoptando lleva más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o ha estado bajo la tutela del adoptante por el mismo tiempo.

31. La técnica elegida por el legislador para determinar cuándo y qué ordenamientos jurídicos han de tenerse en consideración por los tribunales españoles en la constitución de adopciones internacionales, en particular en lo que

---

extranjerías tras ser reconocidas en España, *vid.* S. Álvarez González, “La Ley de adopción...”, *loc. cit.*, p. 54.

<sup>59</sup> Esta aseveración puede extenderse a otros supuestos reglamentados por la LAI, en particular a los casos de conversión, nulidad y revisión de la adopción (quedan excluidos los supuestos de modificación de la adopción, pues la Ley de adopción internacional no recoge solución de ley aplicable para aquellos pero sí normas sobre competencia).

<sup>60</sup> En este sentido, *vid.* C. González Beilfuss y R. Arenas La Ley 54/2007...”, *loc. cit.*, p. 19.

<sup>61</sup> La LAI va más allá, pues incluso permite directamente la constitución en España de adopciones de menores residentes fuera de España y nacionales de Estados que prohíben o desconocen la adopción – como es el caso – siempre que aquellos han sido o van a ser trasladados a España. Esta posibilidad resulta del art. 19.2º LAI, pues como ya se ha analizado, este artículo permite dejar de aplicar la ley nacional del adoptando a la capacidad y consentimientos si ello no favorece la validez de la adopción que se solicita (*Vid. supra*, nº 40). A mayor abundamiento véase C. González Beilfuss y R. Arenas La Ley 54/2007...”, *loc. cit.*, pp. 16 –17.

respecta a la capacidad del adoptando, los consentimientos, autorizaciones y audiencias necesarios –y las excepciones a esta reglas– plantea no pocas objeciones, no sólo por la falta de seguridad en cuanto a su aplicación sino de incoherencia con otras disposiciones de esta norma. Desde esta última perspectiva, el art. 19 LAI parece desvinculado con lo establecido en el art. 5, o en otras palabras como si para el legislador no existiera conexión entre el expediente administrativo y la aprobación judicial de la adopción, al menos en ciertos casos –como el que nos ocupa–. De conformidad con la letra e) del art. 5, la fase administrativa de la constitución de la adopción: expediente administrativo seguido ante la entidad pública de protección de menores competente, finaliza con la propuesta de dicha entidad en la que ésta ha tenido que considerar la capacidad del adoptando para poder ser adoptado<sup>62</sup> y ha debido informar sobre el otorgamiento de los consentimientos exigidos por el ordenamiento del Estado de origen del menor. Ante este panorama se plantea qué debe entenderse por “ley aplicable a la adopción” desde el punto de vista del legislador para determinar cómo y cuándo se aplican las reglas conflictuales contenidas en los arts. 18–21 LAI. Salvo aquellos supuestos excepcionales previstos en el art. 176.2º Cc –al que como veremos recurren más de una vez los tribunales españoles en los casos de conversión indirecta de *kafâla* en adopción –, en la constitución de una adopción en España se diferencian dos pasos claramente. En primer lugar, es necesario incoar un expediente administrativo con el objeto de conseguir el certificado de idoneidad y una propuesta; en esta primera fase la única Ley aplicable es la española que es la que determina los cauces para llevar a cabo aquellas valoraciones. En segundo lugar, una vez finalizado el expediente administrativo, los interesados deberán incoar expediente de jurisdicción voluntaria ante el juzgado de primera instancia territorialmente competente (art. 176.1º Cc, desarrollado en los arts. 781<sup>63</sup> y 1829<sup>64</sup> y concordantes de la LEC/1981). De conformidad con estos preceptos la función de la autoridad judicial en estos procedimientos consiste en valorar la capacidad de las partes, apreciar si el adoptante es idóneo para el ejercicio de la patria potestad, apreciar si son suficientes los consentimientos necesarios y, en definitiva, si el interés superior del menor aconseja la concesión de la adopción. En consecuencia, la posible aplicación de un Derecho extranjero se limita a los siguientes aspectos<sup>65</sup>: la capacidad general –ya que la especial del adoptante viene determinada por el certificado de idoneidad expedido por la entidad pública

<sup>62</sup> Lo que se ha denominado “adoptabilidad”. Cf. Entre otros J.Mº Espinar Vicente, “Reflexiones sobre algunas...”, *loc. cit.*, p. 10.

<sup>63</sup> Según redacción por Disposición Final Segunda de la LAI.

<sup>64</sup> Según modificación realizada por Ley 21/1987, de 11 de noviembre.

<sup>65</sup> El resto de cuestiones quedan sometidas a la *lex fori*, como ocurre en la mayoría de los actos de jurisdicción voluntaria.

competente en la fase previa– y la determinación de los sujetos a los que les corresponde los consentimientos, autorizaciones o audiencias.

Pues bien, si como se ha visto la valoración de la capacidad y recepción de los consentimientos necesarios –salvo excepciones– serán realizadas por la entidad pública correspondiente en la fase administrativa (art. 176.2º Cc), las normas generales contenidas en los arts. 18 a 21 LAI carecerían en cierta manera de sentido. En estos casos, si el tribunal considera que la constitución de la adopción a favor de un adoptante apto satisface los intereses del menor, lo que le quedará por hacer en esta fase judicial es únicamente comprobar si concurren todos los asentimientos necesarios, citar a aquellos que deban ser citados y, en definitiva, practicar las diligencias que estime necesarias para asegurarse que la adopción es adecuada para los intereses del menor. Limitando la posible aplicación de uno o varios Derechos extranjeros –para el caso de adoptante extranjero residente en España<sup>66</sup>– a la capacidad, consentimiento y autorizaciones, podría suponer que aun existiendo propuesta previa favorable de la entidad pública, aunque el adoptante extranjero resulte idóneo para el ejercicio de la patria potestad y el adoptando reúna los requisitos de “adoptabilidad”, no fueran capaces según sus leyes nacionales para la constitución de este negocio jurídico. A esto ha de añadirse que si se quiere que se facilite el reconocimiento de la adopción en el Estado de origen del menor sería conveniente recabar las autorizaciones que la ley de la nacionalidad del adoptando exija –lo que justifica las excepciones recogidas en los arts. 19 y 20 LAI–, pero que en los supuestos en los que se parte de una *kafála* no procede, pues el ordenamiento de origen prohíbe directamente la adopción, con lo que cualquier remisión a esta *lex causae* traería como consecuencia directa la no concesión de plano de la adopción. Consecuentemente, la práctica judicial que se observa en nuestro territorio para estos casos –tanto cuando se parte de la necesidad de la propuesta previa de la entidad pública como cuando se exceptúa este requisito –, concediendo o denegando la solicitud, avala la aplicación general de la *lex fori* a todos los elementos del procedimiento –salvo muy limitadas excepciones donde el tribunal se remite al Derecho del país de origen del menor para denegar la adopción–.

32. La constitución de una adopción en España aplicando el Derecho del foro partiendo de una *kafála* cuando la ley del Estado de origen impide tal institución, supone una disfunción entre el ordenamiento jurídico rector de los efectos del negocio jurídico y el ordenamiento aplicable al propio negocio –

---

<sup>66</sup> Lo que no es lo habitual en los casos de solicitud de constitución *ex novo* de adopción o conversión indirecta de *kafála* ante los tribunales españoles, pues típicamente son nacionales españoles que residen en España que han constituido *kafálas*.

que son conceptos distintos que la LAI no ha previsto, no distingue y mezcla entre sí-. En el Derecho español sólo se puede constituir una adopción con los efectos jurídicos que nuestro sistema prevé: una adopción plena con los efectos de filiación correspondientes. En consecuencia, los efectos de este negocio jurídico deben regirse por la ley nacional del menor de conformidad con el art. 9.4º Cc, lo que nos lleva a una situación absolutamente claudicante para el menor. Para evitar estas disfuncionalidades la LAI debería haber recogido una norma de conflicto aplicable a los efectos de la adopción y no –como ha hecho– a la constitución del negocio, para que de esta manera la adopción constituida en España hubiera producido –incluso en el sistema español– los efectos que viniesen atribuidos por la ley personal del adoptado<sup>67</sup>. Ahora bien, en aquel caso –como es lógico – difícilmente se pudieran conceder adopciones en España partiendo de una *kafâla*. Atendiendo al contenido del proyecto de Ley –art. 19– y el texto definitivo de la LAI, quizá permitir esta posibilidad puede ser una de las motivaciones por la que el legislador ha omitido finalmente cualquier referencia a la posible prohibición de la adopción en el país de origen y ha optado por establecer un nexo de conexión entre el entorno o centro de vida del menor –actual o futuro– y el régimen jurídico de la adopción –aunque limitados sus efectos a su jurisdicción, no así al Estado de origen del menor–. La LAI ha optado por atender a la nacionalidad española “anticipada” del menor –por la adopción– para descartar de primeras la aplicación de su ley nacional –y con ello la norma que prohíbe su adoptabilidad–, cuando al menos alguno de los adoptantes tenga la nacionalidad española. Pero esto no se cumple en todos los supuestos, pues el adoptante/s pueden no ser españoles pero sí residentes, de tal manera que el menor finalmente adoptado (por aplicación de la ley española) puede que nunca adquiera tal nacionalidad.

33. Ahora bien, aun partiendo de la aplicación del ordenamiento jurídico español el resultado de la solicitud de adopción pueden diferir en función de los supuestos de hecho de los que se parte. El tipo de *kafâla* de que se trate es un elemento que puede condicionar la concesión o denegación de la adopción por los tribunales españoles. Si se parte de una *kafâla* respecto de menor huérfano las posibilidades de éxito son mayores si se pone en relación con aquellos menores cuyos padres biológicos aún viven. En este último caso los tribunales españoles exigen que exista declaración de abandono o desamparo del menor por autoridad competente del Estado de origen o que ésta pueda derivarse de manera cierta de las circunstancias del caso<sup>68</sup>. En caso contrario es necesario dar audien-

<sup>67</sup> En este sentido, *vid.* J.Mª Espinar Vicente, “Reflexiones sobre algunas...”, *loc. cit.*, p. 12.

<sup>68</sup> *Vid.* FJ 1º del Auto nº 230/2011 de 3 de noviembre de la AP de Barcelona (Sección 18ª) (JUR/2012/33504). En esta ocasión la Audiencia se muestra desfavorable a la constitución de adopción partiendo de una *kafâla* marroquí constituida en 2009. Esta resolución fundamenta su resolución en la

cia a los padres biológicos del menor antes de acordar la eventual adopción, por lo que podrían oponerse e incluso revocar esa tutela dativa –aunque también es posible prescindir de este requisito si se desconoce el paradero de los padres<sup>69</sup>–.

34. Asimismo, también puede referirse tratamientos judiciales diferenciados respecto de la consideración del tipo de acogimiento al que la *kafála* se equipara en el sistema español a los efectos de la adopción, lo que incide directamente en el resultado del expediente ya que determina los requisitos necesarios para la concesión de la adopción. Pueden reseñarse resoluciones judiciales – anteriores incluso a la LAI– en las que la figura de la *kafála* se ha establecido como un acogimiento preadoptivo, con la finalidad última de constituir una adopción en territorio español respecto del menor *makful* –la mayoría de ellas en relación con

---

necesaria aplicación del Derecho español a las formalidades para la constitución de esta institución de protección de menor por autoridades españolas, por lo que la adopción deberá someterse a los requisitos exigidos por la legislación propia, en este caso el Codi de Família catalán –art. 9.6° Cc y en el mismo sentido art. 1 de la Llei 8/1995, de 27 de julio, d’atenció i protecció dels infants i els adolescents i de modificació de la Llei 37/1991, de 30 de diciembre –, según la cual la constitución de la adopción debe ir precedida de la declaración de desamparo del menor. El art. 117 del Codi de Família permite la adopción de las personas que se encuentren en situación de acogimiento preadoptivo y de las personas que se encuentren en situación de acogimiento simple de los que quieran adoptar *si no es posible el retorno de aquellas a su familia* (las cursivas son nuestros). Lo que no ocurría en el asunto de referencia, toda vez que los padres biológicos viven, sin que hubieran sido privados de la patria potestad del menor o éste haya sido declarado en desamparo o en situación de abandono en Marruecos. En consecuencia, la adopción es denegada y se confirma la situación de acogimiento familiar.

<sup>69</sup> Vid. Auto JPI Castilla y León de 2011 en su FJ 3° establece: “En el presente caso ha quedado acreditado que el adoptando convive con sus adoptantes al tener estos atribuida su tutela y que son éstos quienes están asumiendo su debido cuidado y atención, por lo que, si se tiene en cuenta el interés de la menor, procede acordar su adopción por los solicitantes que ya están ejerciendo de facto los derechos y deberes dimanantes de la patria potestad, contribuyendo la adopción a potenciar la protección jurídica que el menor merece”. Para ello se centra exclusivamente en el Derecho español, en particular en lo que respecta a los consentimientos y autorizaciones necesarios (art. 177 Cc.). En el caso de referencia, la *kafála* marroquí previa era una tutela dativa constituida por autoridad judicial que pese a la existencia de los padres biológicos del menor, éste fue declarado abandonado, y se prescindió de la autorización de los padres biológicos para conceder la adopción utilizando para ello en primer lugar, la referencia del art. 781 LEC/2000 (que sustituye al anterior art. 1827 LEC/1881) “que sólo resultará de aplicación en el caso de que los padres hubieran hecho valer la necesidad de su asentimiento a la adopción (Circular de la Fiscalía General del Estado, 1/2001, de 5 de abril)”. Y dado que la declaración de abandono en el Estado de origen fue apreciado por el juzgador español como un indicio de que los padres biológicos estaban inmersos en un proceso judicial de privación de la patria potestad, por incumplimiento de los deberes del art. 154 Cc, “en la medida en que ha quedado constatado que carecen de todo contacto con el adoptando, y que no le prestan ningún tipo de asistencia moral, material o afectivo (...)”, se estima entonces que concurre “la circunstancia excepcional que legitima a que pueda acordarse la adopción de la menor, sin el asentimiento de los padres biológicos, al estar incursos en causa legal de privación de la patria potestad”. A lo que ha de añadirse el desconocimiento del paradero de los padres biológicos lo que para el juzgador también justifica que se prescinda de este trámite para acordar la adopción (art. 1831 LEC).

*kafâlas* marroquíes—. El problema se plantea cuando esta equivalencia se establece aun en aquellos supuestos en los que el Estado de origen prohíba la adopción. La equiparación de la institución de la *kafâla* como un simple acogimiento permanente —o simple— o como un acogimiento preadoptivo no es una cuestión baladí<sup>70</sup>, pues de ello dependerá que se dé o no por cumplido uno de los requisitos legales previos esenciales para la concesión de la adopción: la propuesta previa de la entidad pública correspondiente exigida por el art.176.2º Cc. Desde esta perspectiva, pueden indicarse resoluciones judiciales en los que en estos casos han optado por conceder la adopción directamente sin que mediase la propuesta previa de la entidad pública exigida por el art. 176.2º Cc<sup>71</sup>. Para llegar a este resultado el órgano jurisdiccional se fundamenta en la cláusula general del interés superior del menor aunque con ello se choque o vulnere ciertas normas aplicables de carácter imperativo. En estos casos supone la inaplicación del art. 176.2º Cc<sup>72</sup>: el requisito de la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes, que pudiera no resultar del todo justificada<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> En LO 1/1996 (LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE, 17-I-1996), el legislador expresamente ha diferenciado los supuestos de acogimiento simple y permanente respecto al preadoptivo exigiendo en relación con los dos primeros el requisito de la previa propuesta de la entidad pública y eximiendo del mismo en el último caso.

<sup>71</sup> A modo de ejemplo pueden señalarse: el AAP Málaga 20 de marzo de 2007 (Rollo de apelación nº 135/07, Auto nº 81/07), por el que se desestimaron los recursos de apelación formulados por el Ministerio Fiscal y la Junta de Andalucía contra el Auto 15 de septiembre de 2006 por el JPI que concedía la adopción en tal supuesto.

<sup>72</sup> Y de forma paralela, también lo exigen las legislaciones autonómicas aplicables. Ahora bien, encontramos también resoluciones que apoyándose en el Derecho foral conceden la adopción sin cumplir este requisito. En este sentido, y respecto de esta exigencia en el Derecho catalán —art. 120 del Codi de Família—, *vid.* el Auto nº 153/2011 de 27 junio de la AP de Barcelona (Sección 18ª), por el que la Audiencia estima el recurso de apelación impuesto por los solicitantes de la adopción, revocando el auto de primera instancia y consecuentemente constituyendo la adopción del menor. Para la Audiencia en este caso no es necesario que concurra el requisito del informe previo de la entidad pública —incluso ni siquiera el plazo de un año de convivencia previa— cuando se parte de una *kafâla* y se solicita *ex novo* la constitución de la adopción —y el menor no haya sido declarado en situación de desamparo por la entidad pública—. Para ello la Audiencia se fundamenta en que “si la medida de protección de menores adoptada por la autoridad competente extranjera es asimilable a una tutela, el propio art. 120 del Codi de Família no exige la propuesta previa, permitiendo a los adoptandos la petición directa ante los Juzgados, sin perjuicio de que en estos casos, como en los demás, debe valorarse por el Juez las condiciones de idoneidad de los adoptantes o adoptante y la concurrencia de las demás condiciones y requisitos exigidos en la ley” (FJ 2º). Para dar más fuerza a su argumentación el tribunal recurre a la propia Ley de adopción internacional y a la ausencia en esta norma de cualquier referencia a autorización o propuesta administrativa previa (“no exige la propuesta previa de la entidad pública en las adopciones de menores extranjeros en situación análoga al acogimiento o a la tutela constituida en el extranjero, tal como ha ocurrido en el presente caso”, FJ 2º). Ahora bien, ha de recordarse que la Ley de adopción internacional no reglamenta materialmente la institución de la adopción internacional, sino que recoge las reglas de conflicto que determinan el ordenamiento jurídico material que establecerá los requisitos de forma y fondo necesarios para su concesión. Otros supuestos en los que se admitió la conversión de una *kafâla*

35. Conceder la adopción en estos casos puede suponer evadir la aplicación de las reglas de DIPr aplicables según las cuales el menor se encuentra válidamente en régimen de *kafála* de conformidad con el ordenamiento jurídico de origen – y que a más abundamiento prohíbe la institución de la adopción–. Asimismo, puede implicar –más que de manera potencial– situaciones claudicantes y complicadas para el menor, derivadas fundamentalmente de una ruptura definitiva del menor con su cultura de origen de manera unilateral por decisión judicial del Estado de acogida cuando la legislación del Estado de origen no reconoce la adopción, pero que no supone que desde la perspectiva del Estado de origen esto sea así, pudiendo en consecuencia devengarse con el tiempo obligaciones para el menor respecto de aquél – por ejemplo, en un determinado momento el adoptado podría ser llamado a realizar el servicio militar obligatorio en su país de origen–. Desde el punto de vista práctico, a través de esta vía se agilizan los trámites necesarios para constituir una adopción en España pues atendiendo a los cauces ordinarios la cosa sería mucho más lenta y complicada. Ahora bien, abrir esta vía podría suponer legitimizar un fraude de ley, pues se obtendrían las adopciones de forma rápida y segura y sin pasar por la exigencia legal de la propuesta previa de la entidad pública española –ni por tanto por el control de idoneidad<sup>74</sup>–. No obstante, también pueden encontrarse supuestos en los que los que el órgano jurisdiccional precisamente ha denegado la adopción por no concurrir el requisito previo de la propuesta administrativa en un supuesto de *kafála*, entre otros: AAP Tarragona 23 de junio de 2008<sup>75</sup>; AAP Cádiz 11 de diciembre de 2008<sup>76</sup> y AAP Valladolid 11 de diciembre de 2008<sup>77</sup>.

36. En la mayoría de los casos en los que se deniega la constitución *ex novo* de la adopción partiendo de una *kafála* no se hace referencia al hecho de que en el ordenamiento de origen –de constitución de la *kafála* y ley personal del *makful*– se prohíba la institución de la adopción. Tal prohibición no constituye típicamente un obstáculo para la concesión de la solicitud de adopción *ex novo* en el territorio nacional para los tribunales españoles. Son muy escasas –pero también

---

en adopción con argumentos similares: AAP Barcelona 28 de marzo de 2008, JUR 2008/149354; AAP Barcelona 8 de julio de 2008, JUR 2008/315373; AAP Barcelona 30 de octubre de 2008, JUR 2009/77866.

<sup>73</sup> Sobre el recurso a la cláusula general del interés superior del menor por la jurisprudencia nacional en detrimento de normas legales vigentes aplicables, en particular en lo que respecta a los supuestos de adopción y la inaplicación del art. 176.2º Cc., con expresa mención a los casos de *kafála*, *vid.* J.M. de Torres Perea, “Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social”, *InDret* 4/2011, ([http://www.indret.com/pdf/853\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/853_es.pdf)), en esp. pp. 37–38.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>75</sup> AC 2008/1710.

<sup>76</sup> JUR 2009/59788.

<sup>77</sup> JUR 2009/264035.



las hay— aquellas resoluciones judiciales en las que este elemento se tenga en consideración y sea fundamento para la denegación de la adopción. En este sentido se pronunció la AP de Cádiz (Sección 6ª, Ceuta), Auto nº 12/2006 de 3 marzo<sup>78</sup>—si bien antes de la entrada en vigor de la LAI, utilizando como norma de conflicto la regla vigente entonces contenida en el art. 9.5º Cc que remitía a la ley nacional del menor<sup>79</sup>—. Pese a que en el asunto principal el tribunal reconoce que no se ha probado —acreditado— por la parte el Derecho marroquí, cuando la carga de la prueba le corresponde a aquella que la alega (281.2º LEC al que se remite el art. 1.824 de la anterior Ley procesal civil —LEC/1881—) cuya aplicación impediría la constitución de la adopción, fundamenta su denegación en que “por el conocimiento propio de este Tribunal, recogido, por otra parte, en multitud de tratados de Derecho internacional privado, en el Reino de Marruecos no existe la adopción, aunque sí instituciones tutelares, como la *kafâla*, lo que impide que se constituya por los órganos judiciales españoles por no ser contrario ello al orden público español, máxime en el caso de un mayor de edad”(FJ 2º).

37. Parece en definitiva que después de la entrada en vigor de la LAI en primera instancia la tendencia generalizada es la concesión de la adopción previa existencia de *kafâla*<sup>80</sup>, incluso en algunos casos eximiendo del requisito legal recogido en el art. 176.2º Cc. No obstante, en segunda instancia la práctica no es unívoca pues es posible que confirmen la resolución de instancia o la modifiquen, lo que da muestra de la inseguridad que en la materia existe en la práctica. En consecuencia, salvo recurso de apelación por parte del Ministerio Fiscal o de la entidad pública correspondiente de la Comunidad Autónoma implicada, parece que en términos generales —salvo excepciones contadas— la adopción del menor *makful* con base en su interés superior —lo que permite la aplicación exclusi-

<sup>78</sup> JUR 2006\241802.

<sup>79</sup> Se recogía como regla general que la adopción a constituir por los tribunales españoles se regiría por el ordenamiento jurídico del foro, salvo —como excepción— cuando, aún residiendo en territorio español, el adoptando no adquiriera por la adopción la nacionalidad española, en cuyo caso todo lo relativo a su capacidad y consentimientos se regiría por su ley nacional. Con la mayoría de edad no se adquiere la nacionalidad para el adoptado, si bien sí da derecho de opción a ella.

<sup>80</sup> Antes de la entrada en vigor de la LAI en aplicación del art. 9.5º Cc también resultaba confusa la práctica judicial nacional al respecto. El problema fundamental de esta falta de claridad jurídica lo encontramos en los cambios de redacción que sufrió el anteproyecto, el proyecto y finalmente la LAI, que ha tenido repercusión directa en la jurisprudencia. En este sentido es posible referir casos en los que durante su tramitación las tres versiones se sucedieron con respuestas distintas a la misma cuestión, es el supuesto del caso conocido como caso “Bélgica” (AJPI nº 10 La Coruña de 13 de febrero de 2008) en el que finalmente aplica el Proyecto del Ley —en concreto el art. 19.4º— para denegar tal solicitud. Para mayor abundamiento sobre la práctica judicial española relativa a la adopción de menores venidos en *kafâla*, con anterioridad a la entrada en vigor de la LAI y después de aquella *vid.*, A. Quiñones Escámez, “Impedimentos matrimoniales, leyes de policía...”, *loc. cit.*, pp. 287–296.

va de la ley propia— parece casi garantizada en primera instancia si se cumplen con los requisitos prescritos en el ordenamiento español.

38. En cualquier caso, dado que el Estado de origen los consentimientos y autorizaciones recabadas por las partes no recogen ni la extinción de los vínculos jurídicos con la familia biológica del menor ni, en consecuencia, la constitución de nuevos vínculos con la familia de acogida, y que en la tramitación de la *kafâ-la* no se realizan los controles y garantías que para las adopciones internacionales se exigen, parece necesario que la práctica judicial para proceder a tales “conversiones” deba mostrarse más cautelosa de lo que es —dejando al margen las posibles cuestiones de fundamentación que esta conversión plantea: interés superior del menor tras Sentencia *Harroudj*—. En este sentido, las prevenciones que los tribunales nacionales deberían adoptar necesariamente deberían ser mayores que las exigidas para la conversión de las adopciones simples —o menos plenas— en adopciones plenas, pues en estos casos al menos en el país de origen se ha autorizado una institución que genera vínculos de parentesco a favor de los adoptantes, lo que no ocurre en el caso de la *kafâla*<sup>81</sup>. En definitiva, puede concluirse que la “conversión” de las *kafâlas* en adopciones por los tribunales españoles típicamente se realiza sin apenas garantías y controles siguiendo las disposiciones de la LAI —lo que choca significativamente con la intención inicial del legislador de prohibir la adopción de menores extranjeros nacionales de Estados que desconozcan o prohíban la adopción si se toma como referencia el art. 19 del Proyecto de ley de la LAI, y lo más importante, permitir constituir adopciones que no sean internacionalmente fuertes—.

#### IV. Conclusiones

39. La incidencia en la constitución de adopciones sobre menores venidos en *kafâla* en los Estados de acogida de la prohibición de adopción de la ley de origen del menor difiere de un sistema nacional a otro, pudiéndose condicionar a distintos factores tales como la nacionalidad de los adoptantes —los *kafiles*—, el lugar de nacimiento del menor *makful*, su lugar de residencia habitual, etc., si bien, otros ordenamientos como el español carecen de referencia alguna al respecto. La sentencia *Harroudj* el Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado por primera vez sobre esta cuestión desde la perspectiva de los eventuales derechos fundamentales del menor implicados —en particular su derecho a vivir en familia—, declarando la compatibilidad con el CEDH de aquellos sistemas nacionales

---

<sup>81</sup> A favor del establecimiento de controles y garantías mayores para la conversión indirecta de una *kafâla* en adopción que para las previstas para la conversión de una adopción simple en plena, cf. R. Arenas García y C. González Beilfuss, “La Ley 54/2007...”, *loc. cit.*, p. 19.

que deniegan la adopción cuando sus normas de conflicto remiten al ordenamiento de la nacionalidad del menor –como así ocurre en el sistema francés– y éste prohíbe o desconoce la adopción. Y esto es así porque el criterio nacionalidad como punto de conexión resulta plenamente conforme con el principio de igualdad y proporcionalidad, y la institución de la *kafâla* es suficientemente garante de los intereses del menor, tal y como se deriva de la reglamentación internacional de protección del menor. De esta forma se debilitan aquellas argumentaciones basadas en el interés superior del menor para fundamental la conversión de la *kafâla* en una adopción, soslayando la prohibición expresa de la ley personal del menor.

40. En términos generales, la práctica judicial nacional española se muestra favorable a la conversión indirecta o constitución *ex novo* de una adopción en España previa la existencia de una *kafâla* –típicamente marroquí–, y eso aunque en el Estado de origen se prohíba la adopción. Ahora bien, con distinto tratamiento según el tipo de *kafâla* de la que se parte, pues resulta más sencilla tal conversión cuando se trata de un huérfano o sin filiación conocida que cuando es un menor abandonado.

Son marginales aquellas resoluciones en las que explícitamente se deniega tal solicitud por referencia expresa a la *lex causae* de origen y a la prohibición de la adopción. Con carácter general, existe una correlación entre competencia y ley aplicable, lo que supone la práctica aplicación exclusiva de la *lex fori* sin referencia a la ley personal del menor que impida la adopción, sin distinguir aquellos casos donde la competencia viene determinada por la residencia, de aquellos donde es la nacionalidad española el elemento determinante.

41. En un contexto como el actual, donde tanto los principales textos internacionales sobre protección del niño como en cada vez más sistemas nacionales de DIPr recogen o tratan de dar cabida a las distintas figuras tutelares o de protección de menores o incapaces que cada ordenamiento pueda reglamentar –tales como la *kafâla*–, cabe preguntarse si una conversión automática de este tipo cuenta con suficiente justificación. Por un lado, porque puede suponer un posible fraude de ley (en relación con el art. 176.2º Cc), también porque la concesión se da en aplicación exclusiva de la *lex fori* como consecuencia de unas normas de conflicto de redacción confusa que van referidas a la constitución del negocio jurídico y no a sus afectos y, por último, tampoco si se tiene en consideración que tal conversión no está justificada desde el punto de vista de los derechos fundamentales del menor o del interés superior del mismo.

El Tribunal de Estrasburgo ha declarado que no existe un derecho a convertir la *kafâla* en adopción, es más, si el Derecho de la nacionalidad del menor lo

impide se podrá denegar tal solicitud sin que se vulnere el CEDH, pues el interés superior del menor está sobradamente garantizado con la tutela dativa, el acogimiento o la figura equivalente en la que se califique la *kafála*. Desde esta perspectiva, cabe plantearse si procede conceder la solicitud de adopción del menor sujeto a *kafála* en España en aquellos casos donde no se cumple con el objetivo de optimizar su protección –en particular cuando no se trate de un menor huérfano o sin filiación conocida–, teniendo en consideración que el menor puede que nunca adquiera la nacionalidad española pese a la adopción constituida en España –en función de la nacionalidad del adoptante–, y que en la mayoría de los casos con el potencial riesgo de ser una adopción claudicante –que es precisamente lo que se trataba de evitar por el legislador con la LAI–.

42. Es necesario establecer una práctica común y coherente dentro de nuestra jurisdicción en este sentido. Si de lo que se trata es de establecer una aproximación favorable, debería de consignarse ciertos requisitos de control por el juzgador, en todo caso cuando se trate de menores abandonados no huérfanos o con filiación conocida. Nuestro sistema no ha previsto requisitos *ad hoc* o específicos de DIPr para estos supuestos – a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas como el belga o el suizo–. La regularización de las *kafálas* en la LAI no se insta como conversión de una adopción –simple o menos plena en una plena– por lo que no puede garantizarse en la actualidad que por el tribunal del foro se exija las condiciones previstas en la LAI para verificar que se hubieran otorgado los consentimientos para la extinción de los vínculos jurídicos con la familia de origen. Pudiendo asimismo obviarse el impedimento del art. 4 b) cuando el menor ya está residiendo en España, o simplemente tramitando con carácter previo la solicitud de la nacionalidad del menor por residencia.

En definitiva, la adopción internacional en estos casos debería ser configurada como una medida subsidiaria con respecto a la protección del menor, esto es, cuando con ello se logre verdaderamente la optimización de su protección y existan verdaderos vínculos permanentes con el foro. Esta idea se refuerza teniendo en cuenta que la propia Ley de adopción trata de distinta forma ese interés del menor adoptado en función de si son adoptados extranjeros o españoles o adoptantes españoles o extranjeros.