

**UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS**

GRADO EN DERECHO



**“LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL: UN ESTUDIO DESDE EL
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO”**

TRABAJO FIN DE GRADO

JUNIO 2020

Autor: Penélope Dorrejo Penichet
Profesor DR. Alfonso Ortega Giménez

ÍNDICE

| | |
|---|------------------|
| <i>I. INTRODUCCIÓN</i> | <i>4</i> |
| <i>II. CUESTIONES PREVIAS: EQUIPARACIÓN FILIACIÓN NATURAL Y ADOPTIVA.....</i> | <i>10</i> |
| <i>III. ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO</i> | <i>15</i> |
| <i>III. 1. COMPETENCIA JUDICIAL.....</i> | <i>24</i> |
| <i>III. 2. LEY APLICABLE</i> | <i>29</i> |
| <i>III. 3. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN</i> | <i>33</i> |
| <i>IV. LA KAFALA</i> | <i>40</i> |
| <i>V. CASO PRÁCTICO RECAPITULATORIO</i> | <i>56</i> |
| <i>VI. CONCLUSIONES</i> | <i>60</i> |
| <i>VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....</i> | <i>63</i> |
| <i>VIII. ENLACES WEB CONSULTADOS.....</i> | <i>66</i> |

ABREVIATURAS

- **LAI** → LEY ADOPCIÓN INTERNACIONAL
- **LEC** → LEY ENJUICIAMIENTO CIVIL
- **UE** → UNIÓN EUROPEA
- **DGSFI** → DIRECCIÓN GENERAL DE SERVICIOS PARA LAS FAMILIAS Y LA INFANCIA
- **LOPJ** → LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL
- **STC** → SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
- **RD** → REAL DECRETO
- **CE** → CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
- **DDFF** → DERECHOS FUNDAMENTALES



I. INTRODUCCIÓN

La adopción internacional es un tema de vital importancia e interés para la sociedad fundamentalmente debido a que es un tema **actual**, o al menos lo fue durante mucho tiempo, ya que se convirtió a lo largo de la última década del siglo XX y primera del siglo XXI en un fenómeno frecuente y en una forma elegida por muchas personas de proteger a niños en situación de desamparo y ser padres, puesto que, debido a las circunstancias económicas y demográficas de determinados países, en los que muchos niños/as no han podido encontrar un ambiente propicio para su desarrollo, unido al descenso de la natalidad en España, originaron que el número de menores extranjeros adoptados por Españoles o residentes en España se incrementase notablemente.¹

Pero, la adopción internacional ha experimentado en los últimos años un importante descenso, y como datos que ilustran esta realidad señalaré que entre los años 2001 y 2004 la adopción internacional en España registró un aumento del 61,6%, alcanzando 5.541 adopciones internacionales anuales, lo cual supuso una cifra récord (la más alta desde 1997) que convertía a España en el primer país de la UE y el segundo del mundo, solo por detrás de Estados Unidos, en adopciones de niños extranjeros.²

A pesar de ello, una década después, los números se han desplomado y los procesos internacionales no han hecho más que disminuir, ya que según las últimas cifras disponibles, en 2017 hubo 531 adopciones, lo que supone una caída del 34,2% hasta 2007 y del 90% hasta 2017,³ y esto, es debido a diversas

¹ Vid. Gómez Bengoechea, Blanca: “¿Por qué cada vez hay menos adopciones internacionales?” (31-01-2019). Las Provincias, Madrid, España. Disponible en: <https://www.lasprovincias.es>

² Vid. Gómez Bengoechea, Blanca: “¿Por qué cada vez hay menos adopciones internacionales?” (31-01-2019). En revista Las Provincias, Madrid, España. Disponible en: <https://www.lasprovincias.es>

³ Vid. Gómez Bengoechea, Blanca: “¿Por qué cada vez hay menos adopciones internacionales?” (31-01-2019). En revista Las Provincias, Madrid, España. Disponible en: <https://www.lasprovincias.es>

causas, pero la principal es que los tiempos de espera se han alargado desde los diez meses (dos años en los casos más largos) a hasta 8 años de espera que se pueden dar hoy en día en países como China o Rusia; otro de los motivos es que la mayor parte de los países han reformado su legislación para limitar el perfil de los adoptantes y otros directamente han cerrado las adopciones de extranjeros y la administración española también ha suspendido o limitado la tramitación con algunos países hasta tener garantías de que el proceso se completa correctamente, y por último, también ha cambiado el perfil de los niños adoptables, debido a que cada vez con más frecuencia los niños pequeños y sanos encuentran una familia adoptiva en el propio país, y esto lleva a algunos países a admitir exclusivamente ofrecimientos de familias extranjeras para niños de más de 5 años o menores con necesidades especiales.⁴

| | | |
|---|--|--|
| Adopción Internacional España, años 2001-2004 | ↑ del 61,6% | alcanzando 5.541 adopciones → cifra récord |
| Adopción Internacional España, año 2017 | ↓ 34,2% hasta 2007 ↓ 90% hasta 2017 | 531 adopciones en 2007 |

A esto, se le suman otras complicaciones, como son el hecho de que España prohíba adoptar hasta en 45 países en que sí pueden hacerlo otros países europeos, "reduce las posibilidades de adopción internacional desde nuestro país a 6 países" y lo costoso que puede llegar a ser una adopción internacional. Cabe destacar que en la Comunidad Valenciana el año 2013 se registraron por primera vez más adopciones nacionales (88) que internacionales (48).⁵

Además, también es un tema **complejo**, puesto que podemos encontrar adopciones que se constituyeron en determinados países hace algunos años y

⁴ Vid. Terrasa, Rodrigo: El laberinto de la adopción, *El Mundo*, Valencia, España, mayo, 2014. Disponible en <https://www.elmundo.com>

⁵ Vid. Terrasa, Rodrigo: El laberinto de la adopción, *El Mundo*, Valencia, España, mayo, 2014. Disponible en <https://www.elmundo.com>

que ahora no tienen reflejo en el Ordenamiento Jurídico Español, ya que los efectos de las adopciones constituidas en otros países han de ser equivalentes en materia de reconocimiento y ejecución de dichas adopciones internacionales.

A tal efecto, cabe destacar que la adopción ha de ser inscrita en el Registro Civil para finalizar el proceso, y de este modo darle validez y eficacia, ya que de lo contrario a los efectos del Ordenamiento Jurídico esa adopción no existirá.

Para ello se determinan una serie de requisitos establecidos en la LAI, en sus artículos desde el 25 hasta el 31. Algunos de estos requisitos son, en primer lugar, que haya sido constituida por una autoridad extranjera competente; en segundo lugar, que la adopción no debe vulnerar el Orden Público; en tercer lugar, que se de un control sobre la ley aplicable en cuanto a capacidad y consentimiento del adoptado/ adoptando... son unos requisitos sobre los cuales profundizaré más adelante, pero hemos de remarcar que el requisito más importante que ha de cumplirse es aquel que establece que la adopción constituida en país extranjero tiene que producir los **mismos efectos** que la adopción constituida en España , y en caso de que no haya correspondencia, será porque es contraria al Orden Público, es por ello por lo cual, a la hora de adoptar solemos dirigirnos a países en los que haya equiparación, *por ejemplo, en Marruecos entienden por una adopción plena una simple, no puede llegar a ser una adopción como tal, sino más bien es asimilada al acogimiento familiar.*

Es preciso poner de manifiesto que en el presente trabajo vamos a tratar la adopción internacional, y esto, nos llevará a identificar el régimen jurídico, el cual, trata de resolver los problemas clásicos de Derecho Internacional Privado.

Enfatizando que, si en la adopción nacional ya se dan ciertos problemas, en la adopción internacional todavía se dan más.

EJEMPLO: en un supuesto en el que dos ciudadanos de nacionalidad Española desean adoptar a una menor residente en China, surgen los siguientes problemas/preguntas, que son **¿cuál es la ley/derecho aplicable a la constitución de la adopción del siguiente supuesto? ¿cuándo es posible aplicar la ley española? ¿a quién le corresponde la competencia judicial? ¿Cuándo son competentes los juzgados y Tribunales Españoles para la constitución de la adopción? Y por último, en materia de reconocimiento y ejecución, en caso de que el matrimonio haya viajado hasta China para adoptar a la menor ante una autoridad pública China ¿Qué requisitos debería reunir dicha sentencia para ser reconocida en España?...**

Por lo tanto, en la adopción internacional se dan una serie de problemas, los cuales tienen una respuesta concreta en las normas o leyes aplicables, a pesar de que estas puedan no ser perfectas. Esas leyes aplicables son, en primer lugar, la **Ley de Adopción Internacional 54/2007 de 28 de Diciembre**, la cual modificó el régimen interno anterior, relativo a la adopción internacional, puesto que el régimen anterior presentaba deficiencias dado el incremento en el número de adopciones internacionales, por lo que esta regularización finaliza con la dispersión normativa que hasta el momento presidía el régimen interno de las adopciones internacionales y dificultaba la tarea de los operadores jurídicos, ; al hilo de la normativa anterior, recientemente se ha publicado también en España el **Reglamento de adopción internacional mediante el Real Decreto 165/2019**, de 22 de marzo, que entró en vigor el 4 de julio de 2019, el cual ha aportado mayor protección normativa, principalmente en cuanto a los procedimientos lógicos que han de rodear un proceso como la adopción internacional de menores; con la publicación del Reglamento se sientan las bases para regular los procedimientos de adopción, abordando diferentes cuestiones relevantes para las adopciones de menores extranjeros como son, en primer lugar, la obligación de que los organismos acreditados para intermediar en los procesos de adopción internacional soliciten la acreditación ante la DGSFI y para ello han de cumplir una serie de requisitos a nivel objetivo, económico y personal, lo que supone un mayor control de los mismos y la posibilidad de tener que suspender o finalizar su actuación, por otro lado, en esta norma también se establece el procedimiento para iniciar, suspender o paralizar la tramitación de expedientes con un determinado país, para lo cual se fijan una serie de razones y requisitos para llevarla a cabo; también se regula la necesidad de homologar el contrato entre los organismos acreditados y las personas que se ofrecen para la adopción, así como su contenido mínimo; además, se regula el seguimiento y control de los organismos acreditados y de los expedientes de adopción, estableciendo competencia a las Comunidades Autónomas para controlar las actividades que se efectúen en su territorio y del Estado para controlar las actividades que se realicen fuera del territorio nacional y por último, recalcar que se crea un Registro Nacional de Organismos acreditados de

Adopción Internacional y de Reclamaciones e Incidencias con dos secciones diferentes.⁶

De todo lo dicho, **la conclusión más evidente es que el Reglamento de Adopción Internacional pretende, en primer lugar, unificar el procedimiento de adopción de menores extranjeros y hacerlo más ágil para las familias o particulares que deseen iniciar el proceso y además, la adopción internacional con este Reglamento cuenta con mayor seguridad jurídica, con normas concretas y definidas sobre esta cuestión.**⁷

Todo ello aderezado con los principios básicos contenidos en el **Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño de 1989**, en la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, considerados sobre todo desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional, y el **Convenio de la Haya sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional de 1993, ratificado por España mediante instrumento de 30 Junio de 1995.**

Nuestro propósito principal con el presente trabajo consiste en establecer un concepto de la adopción internacional desde un punto de vista del Derecho Internacional Privado, tratando varios aspectos de la misma; en primer lugar, me ocuparé de explicar la gran importancia que tiene la equiparación entre la filiación natural y adoptiva, y hablamos de equiparación, debido a que la filiación natural y adoptiva tiene el mismo tratamiento jurídico, en virtud de lo dispuesto en el artículo 108 del Código Civil, que equipara ambas filiaciones, tanto sea matrimonial como no matrimonial, por lo que desde el punto de vista sustantivo,

⁶Vid. Alberdi, Olatz: “Reglamento de adopción internacional: mayor flexibilidad y seguridad jurídica”, mayo, 2019. *Diario Jurídico*, Madrid, España. Disponible en <https://www.diariojuridico.com>

⁷ Vid. Ortega Giménez, Alfonso y Castellanos Cabezuelo, Ángela María “Aplicación práctica del Nuevo Reglamento de adopción internacional”, en *revista Economist & Jurist*, Difusión Jurídica, junio, 2016, p.39

un hijo natural es igual a un hijo adoptivo, pero que tengan los mismos derechos y obligaciones desde el punto de vista sustantivo, no quiere decir que desde el Derecho Internacional Privado tengan la misma solución los tres problemas clásicos que se plantean en este ámbito; en segundo lugar, me referiré al régimen jurídico aplicable a la adopción internacional, del cual ya hemos hablado anteriormente, en el cual desarrollaré la ley de adopción internacional 54/2007 , la cual ha tenido una gran importancia puesto que cambia todos los criterios que se recogían anteriormente en las normas de Derecho Internacional Privado, tanto en la LOPJ para determinar la competencia judicial internacional, como en el artículo 9.5 del CC respecto a la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de sentencias; además, también trataremos en España el Reglamento de adopción internacional mediante el Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, que entró en vigor el 4 de julio de 2019 ; asimismo, también haré hincapié en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño de 1989 y el Convenio de la Haya sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional de 1993.

Por último, reflexionaré profundamente sobre los clásicos problemas de la adopción internacional, siendo estos, en primer lugar la competencia judicial internacional ,sobre la cual, la ley establece tres supuestos diferentes que se recogen en los artículos del 14 al 17, tratándose la constitución de la adopción, la modificación, nulidad, conversión... de la adopción y la adopción consular por último; en segundo lugar, trataremos el problema de la ley aplicable, cuya respuesta se encuentra en los artículos 18 y siguientes de la ley, pero lo reduciremos a dos supuestos que son, la adopción constituida por autoridad española y la adopción constituida por autoridad extranjera; y finalmente, haré gran hincapié en la importancia del reconocimiento y ejecución de las Sentencias, en lo que se refiere a los trámites que se han de llevar a cabo y los requisitos que se han de cumplimentar.

EJEMPLO: se insta ante el Registro Civil Español la inscripción de una adopción de un menor Boliviano residente llamado Juan Carlos, llevada a cabo en Bolivia por María Jiménez, ciudadana Española domiciliada en Denia (Alicante). En el siguiente supuesto ¿cuál sería la ley o el derecho aplicable? ¿cuáles serían los Juzgados o Tribunales competentes para la constitución de la adopción? ¿Qué requisitos debe reunir dicha STC para ser reconocida en España?.

II. CUESTIONES PREVIAS: EQUIPARACIÓN FILIACIÓN NATURAL Y ADOPTIVA

La filiación tiene dos significados distintos, en sentido propio, es el vínculo natural entre una persona y sus progenitores por el hecho de la procreación, en sentido jurídico, entraña la relación entre el hijo y el padre o la madre, es decir, el establecimiento del estado civil del hijo y del padre o madre.

La noción jurídica se ha construido generalmente sobre el hecho biológico de la procreación; sin embargo, puede existir filiación sin procreación, como sucede con la adopción.

La filiación por adopción se constituye por resolución judicial que pone fin al correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria. Ambos tipos de filiación tienen los mismos efectos; a este respecto, la Ley 20/2011, de 21 de julio elimina toda referencia a la filiación no matrimonial, equiparando sus efectos a la matrimonial.⁸

Esta igualdad se basa en el principio denominado de equiparación de filiaciones, ya que ambas se derivan de la dignidad humana, como inalienable, ínsita en cada persona, cualquiera que sea su procedencia natural, religiosa, racial o social.⁹

Cabe destacar por tanto, que la Constitución de 1978 acaba con la concepción tradicional de la filiación y establece claramente el principio de igualdad entre todos los hijos, que se consagra en el artículo 39.2 CE que dispone que “los

⁸ Vid. VVA.AA., Guía jurídica, “La filiación desde el punto de vista jurídico”, febrero, 2018. *Guías jurídicas*, Wolters Kluwer, España. Disponible en <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

⁹ Vid. VVA.AA., Guía jurídica, “La filiación desde el punto de vista jurídico”, febrero, 2018. *Guías jurídicas*, Wolters Kluwer, España. Disponible en <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación...”.¹⁰

Además, el artículo 108 del CC remarca la idea de que la filiación natural y adoptiva tienen el mismo tratamiento jurídico, puesto que equipara ambas filiaciones.

La única diferencia legal contemplada en la actualidad, es la relativa a los hijos matrimoniales y no matrimoniales, aunque esta diferencia no determina la desigualdad alguna de los derechos o trato entre unos y otros, sino una simple diferencia en cuanto a los mecanismos de determinación de la filiación natural.

11

Por tanto, todas las formas de filiación, tanto natural como adoptiva **producen los mismos efectos** y por ello los hijos adoptivos tienen los mismos derechos que los que gozan los hijos naturales; los efectos básicos de la filiación tanto adoptiva como natural son los siguientes:

Por un lado, el derecho a los apellidos, que es el derecho a que el origen familiar luzca en las señas de identidad, establecido en el artículo 109 del CC; por otro lado, el derecho a la patria potestad, siempre que el hijo sea menor de edad o incapacitado, según el artículo 154 del CC; además, también gozan del derecho a los alimentos señalado en el artículo 110 del CC, que establece que el padre o la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y prestar alimentos; y por último, disponen de los derechos sucesorios, matizando que el sistema sucesorio de nuestro CC se funda en la

¹⁰ Vid. Sanz-Diez de Ulzurrun Escoriaza, Jaime “La filiación: contenido y determinación”, Madrid, marzo, 2006, p 3. Disponible en <https://www2.uned.es>

¹¹ Vid. Sanz-Diez de Ulzurrun Escoriaza, Jaime “La filiación: contenido y determinación”, 2006. Madrid, marzo, 2006, p. 3. Disponible en <https://www2.uned.es>

familia, de tal forma que los hijos son herederos forzosos respecto de sus padres, **sin distinción de filiación.**¹²

Ahora bien, que tengan los mismos derechos desde el punto de vista sustantivo no quiere decir que desde el Derecho Internacional Privado tengan la misma solución los tres problemas clásicos que se plantean en este ámbito, que son la competencia judicial internacional, la ley o derecho aplicable y la ejecución y reconocimiento de Sentencias. Es decir, cuando estemos ante un litigio que tenga por objeto la reclamación de paternidad, imposibilidad de registro civil, régimen de visitas... para determinar la competencia judicial internacional, el instrumento normativo que será de aplicación es el reglamento 2201/2003 Bruselas II bis, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, donde en su artículo 8 establece como foro de competencia en esta materia, la residencia del menor que resida habitualmente en un Estado Miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional; cuando no tenga su residencia en un Estado de la UE (o Dinamarca), se aplicará para determinar la competencia judicial internacional, la LOPJ,¹³ (siempre que no sea de aplicación ninguno de los instrumentos jerárquicamente superiores a él) , debiendo acudir al artículo 22 quáter d) que establece que los tribunales Españoles serán competentes : “en materia de filiación y relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda, o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, a menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda”.

¹² Vid. Sanz-Diez de Ulzurrun Escoriaza, Jaime “La filiación: contenido y determinación”, Madrid, España, marzo, 2006, p. 5. Disponible en <https://www2.uned.es>

¹³ Vid. Ley Orgánica del Poder Judicial (BOE N°157 de 2 julio 1985; corr.err. BOE nº 264 de 4 noviembre de 1985) en redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE N°174 de 22 julio 2015).

Es decir, en este artículo se recoge la regla general de dar competencia a los tribunales de la residencia del niño, junto con una serie de criterios que, en plano de igualdad, dan competencia también a los tribunales españoles¹⁴. Por tanto, no se aplicará el artículo 22 quáter cuando el menor resida en España, en un Estado miembro de la UE o miembro del Convenio de la Haya de 1996.

Por otro lado, para determinar la ley aplicable de la filiación por naturaleza, al ser una materia personal, acudiremos al artículo 9 del CC, y en concreto, en el artículo 9.4 encontramos una solución concreta al problema, estableciendo que el carácter y contenido de la filiación se regirán por la Ley personal del hijo y si esta no pudiese determinarse, se atenderá a la ley de la residencia habitual del hijo (también para las medidas provisionales o urgentes de protección); cabe recordar que la ley aplicable siempre tendrá el límite del OP, por lo que, si es contraria a este, no podrá ser aplicada.

Y por último, en cuanto a reconocimiento y ejecución de Sentencias referidas a la filiación natural, acudiremos al Reglamento Bruselas II Bis cuando el estado de origen (El de recepción será siempre España) sea un Estado de la UE (excepto Dinamarca), artículos 22 y siguientes; si no se puede aplicar este Reglamento, el reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de responsabilidad parental se haría a través de lo dispuesto en la LEC.

¹⁴ *Vid.* Calvo, Flora, “¿Cuándo son competentes nuestros tribunales para conocer de medidas paterno-filiales sobre un menor en el extranjero?”, Winkels Abogados, Madrid, España, enero, 2018. Disponible en <https://confilegal.com>

EJEMPLO : Ali Andersson, ciudadana Sudafricana residente en Miami (EEUU), ejercita la representación de su hijo menor, que ostenta esa misma nacionalidad, además de la norteamericana y reside también en Miami, una acción de filiación ante un Juzgado Español, reclamando que se declara la paternidad del mismo en la persona de David Claver , artista Español con domicilio en nuestro país.

En este supuesto, ¿Serían competentes los Tribunales españoles para conocer el caso? El artículo 8 del Reglamento II Bis no podríamos aplicarlo debido a que el menor no reside en un estado miembro de la UE, por tanto, debemos aplicar la LOPJ, debiendo acudir al artículo 22, el cual nos indica que si que son competentes los tribunales Españoles puesto que el demandado tiene su domicilio en España.



Sin embargo, para determinar la solución a los tres problemas clásicos de Derecho Internacional Privado en la filiación por adopción, deberemos acudir a la Ley de Adopción Internacional 54/2007, la cual explicaremos posteriormente con más detenimiento.

III. ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La mayoría de la doctrina coincide en definir la adopción internacional, como aquella adopción en la que interviene un elemento de extranjería, ya sea por una de las partes que interviene o bien por el lugar de su constitución. Cuando hablamos de adopción internacional nos referimos a diferentes supuestos jurídicos, pero en la gran mayoría de las veces, nos referimos a la adopción de un menor extranjero por un adoptante Español, constituida la misma por la autoridad extranjera competente.¹⁵

Además, la adopción internacional es una **medida subsidiaria de protección a la infancia**, por la cual, un niño en desamparo y declarado adoptable, que no puede ser adoptado o atendido adecuadamente en su país, es adoptado por una familia que reside en el extranjero y se desplaza con ella, para integrarse y vivir en su nuevo hogar y sociedad. Que la adopción internacional sea una medida subsidiaria significa que los niños o adolescentes que tienen su residencia habitual en un país, solo podrán considerarse aptos para una adopción internacional cuando los organismos competentes examinen detenidamente todas las posibilidades de su adopción en el país de origen y constaten que la adopción internacional responde al interés superior del menor.

Cabe destacar que, las adopciones internacionales aumentaron de manera notable hace varios años debido a varios factores, entre ellos, el descenso de la natalidad en España y la difícil situación económica y social de determinados países de donde provenían los niños adoptados por familias españolas, los cuales, no han podido encontrar un ambiente propicio para su desarrollo. Asimismo, el aumento de adopciones constituidas en el extranjero, suponía un gran **desafío jurídico para el legislador**. En consecuencia, se deben facilitar los instrumentos normativos necesarios para que la adopción tenga lugar con las máximas garantías y respeto a los intereses de los menores a adoptar,

¹⁵ Vid. Berdié Mayayo, Inma. Trabajo Fin de Grado: "La adopción internacional", Universitat Abat Oliba CEU, Barcelona, España. Junio, 2007, p. 4.

posibilitando el desarrollo armónico de la personalidad del niño en el contexto de un medio familiar propicio. Todo ello, en el marco de la seguridad jurídica que redundará siempre en el beneficio de todos los participantes en la adopción internacional, especialmente, en beneficio del menor adoptado.¹⁶

En lo que respecta al régimen jurídico aplicable en los procesos de adopción internacional, debemos tener claro que en todo proceso adoptivo, nos encontramos con dos sistemas normativos, en primer lugar, el del país de residencia del adoptante y en segundo lugar, el del país de origen del menor. Por tanto, es imprescindible que el menor sea adoptado respetando tanto su ley nacional como la ley del país de acogida.¹⁷

En primer lugar, hay que destacar la **LAI 54/2007**, que fue de vital importancia debido a que, hasta su entrada en vigor, el 30 de Diciembre de 2007, había una gran dispersión normativa en esta materia, y es por ello por lo que había una **urgente necesidad de conseguir una legislación propicia, completa y uniforme de las cuestiones de derecho internacional privado que atañen a todo proceso de adopción internacional**, que no sólo asegurase, sino que también armonizase los principios y valores de nuestra CE con las disposiciones de los instrumentos internacionales en materia de adopción que son parte de nuestro Ordenamiento Jurídico.¹⁸ Por tanto, su entrada en vigor ofreció un panorama legal completamente renovado en la regulación jurídica de la adopción internacional. Esta ley constituye una valiosa muestra de “legislación integral”;

¹⁶ Vid. Ortega Giménez, Alfonso “Nueva Ley de Adopción Internacional: cuestiones de Derecho Internacional Privado” en *Revista Economist & Jurist*, número 201, Difusión Jurídica, Barcelona, junio, 2016, p. 48.

¹⁷ Vid. Berdié Mayayo, Inma. Trabajo Fin de Grado: “La adopción internacional”, Universitat Abat Oliba CEU, Barcelona, España, 2007, p.4.

¹⁸ Vid. Alzate Monroy, Patricia: “Sobre la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional en España”. Am abogados, Zaragoza, España Enero, 2008. Publicado en Boletín N° 182 de los Colegios de Abogados de Aragón (IV época, enero de 2008). Disponible en <https://www.am-abogados.com>

es una norma jurídica que aborda el régimen jurídico de la adopción internacional no sólo con las herramientas propias del Derecho Internacional Privado, sino también con instrumentos legales de Derecho Civil, Procesal y Administrativo.

En concreto, el título II de la LAI viene referido a las “*normas de Derecho Internacional Privado relativas a la adopción internacional*”, ocupándose de las tres cuestiones capitales *iusinternacional-privatistas*, las cuales desarrollaré mas detenidamente en los siguientes epígrafes, que son: la Competencia para la constitución de la adopción internacional (artículos 14 a 17 de la LAI); la Ley aplicable a la adopción (artículos 18 a 24 de la LAI) y los efectos en España de la adopción constituida por autoridades extranjeras (artículos 25 a 31 de la LAI).¹⁹ Cabe destacar que han servido de base a esta Ley los principios contenidos en el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de Noviembre de 1989, la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, considerados sobre todo, desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional.

En segundo lugar, destacamos la importancia del **Reglamento de Adopción Internacional, el cual fue aprobado mediante el RD 165/2019 de 22 de Marzo.**

²⁰ En este Reglamento se desarrollan aquellos aspectos que, de acuerdo con lo previsto en la ley 54/2007, de 28 de Diciembre de Adopción Internacional,²¹ requerían un desarrollo reglamentario para el correcto ejercicio de las nuevas competencias conferidas a la Administración General del Estado, al tiempo que se han añadido otras cuestiones consideradas relevantes para una mayor

¹⁹ Vid. Ortega Giménez, Alfonso, “Nueva Ley de Adopción Internacional: cuestiones de Derecho Internacional Privado” en *Revista Economist & Jurist*, número 201, Difusión Jurídica, Barcelona, junio, 2016, p.49.

²⁰ Vid. Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción internacional (BOE núm. 81, de 4 de abril de 2019). Boletín Oficial del Estado.

²¹ Vid. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).

seguridad jurídica, como es el caso de la **decisión única para el inicio o suspensión de la tramitación de expedientes de adopción internacional con los países de origen.**²²

El reglamento de Adopción Internacional está estructurado en seis capítulos, cuyo contenido **desarrolla los aspectos esenciales de los procedimientos relativos a la adopción internacional, así como la creación del Registro Nacional de Organismos Acreditados de Adopción Internacional y de Reclamaciones e Incidencias.** Este RD está inspirado en una serie de principios, como son : la protección del interés superior de la persona menor de edad en todas las fases del proceso de adopción internacional; el respeto a los DDFR reconocidos por el Derecho Internacional en este ámbito y en consecuencia, la mejora de las garantías para prevenir cualquier práctica ilícita contraria a los principios del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional; además, cabe recalcar que también se tiene en cuenta la protección del interés de las personas que se ofrecen para la adopción.²³

En primer lugar, haré referencia al Capítulo I del Reglamento, el cual viene referido al objeto del Reglamento, a los sujetos que, de acuerdo a sus competencias, tienen atribuidas funciones en materia de adopción internacional, a los **principios generales de actuación, así como, a las reglas generales de los procedimientos.** ²⁴

²² Vid. Ortega Giménez, Alfonso y Castellanos Cabezuelo, Ángela María “Aplicación práctica del Nuevo Reglamento de adopción internacional”, en revista *Economist & Jurist*, Difusión Jurídica, junio, 2016, p.27.

²³ Vid. Ortega Giménez, Alfonso y Castellanos Cabezuelo, Ángela María “Aplicación práctica del Nuevo Reglamento de adopción internacional”, en revista *Economist & Jurist*, Difusión Jurídica, junio, 2016, p. 28.

²⁴ Vid. Ortega Giménez, Alfonso y Castellanos Cabezuelo, Ángela María “Aplicación práctica del Nuevo Reglamento de adopción internacional”, en revista *Economist & Jurist*, Difusión Jurídica, junio, 2016, p.30.

Cabe destacar que en lo referente a los principios generales de actuación, el Reglamento dispone que tanto la Administración General del Estado como las Entidades Públicas competentes, se regirán por los principios de protección del interés superior de la persona menor de edad; igualdad; seguridad jurídica; celeridad; respeto a los derechos fundamentales reconocidos a las personas menores de edad que van a ser adoptadas y, cooperación efectiva entre autoridades. También será de aplicación el principio de autoridades competentes, el cual establece que solo se tramitarán adopciones internacionales con la intervención de las autoridades nombradas por cada Estado y los principios dirigidos a establecer las garantías para prevenir la sustracción, venta o tráfico de personas menores de edad.

Además, el Reglamento dispone que, durante el proceso de adopción, los **organismos acreditados actuarán conforme a las normas internacionales sobre protección de las personas menores de edad**, el ordenamiento jurídico español y la legislación de su país de origen; y se regirán por los principios de buena fe, confianza legítima, transparencia, y respeto del interés superior de la persona menor de edad, impidiendo beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir estrictamente los costes necesarios de la intermediación.²⁵

En cuanto a las **reglas generales aplicables a los procedimientos, se fija que el plazo máximo para resolver y notificar todos los procedimientos competencia de la Dirección General, será de 6 meses**; dicho plazo empezará a contar desde la fecha del acuerdo de iniciación del expediente en los procedimientos iniciados de oficio, y desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro de la Dirección General, en los procedimientos iniciados a solicitud de persona interesada. Transcurrido dicho plazo sin haberse notificado resolución expresa, las personas interesadas en el procedimiento podrán entender su solicitud estimada por silencio administrativo. No obstante, la falta de resolución expresa en los procedimientos iniciados de oficio por la

²⁵ Vid. Ortega Giménez, Alfonso y Castellanos Cabezuelo, Ángela María “Aplicación práctica del Nuevo Reglamento de adopción internacional”, en *revista Economist & Jurist*, Difusión Jurídica, junio, 2016, p. 31-32.

Dirección General, conllevará que las personas interesadas en el procedimiento puedan entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.²⁶

Por otro lado, el Capítulo II se dedica a la iniciación y suspensión o paralización de la tramitación de adopciones en el país de origen de la persona menor de edad; se trata de una competencia atribuida a la Administración General del Estado por afectar a la política exterior. En cuanto al procedimiento para el inicio de la tramitación de expedientes de adopción con un determinado país, será la Dirección General quien determinará previa consulta a las Entidades Públicas, el inicio de la tramitación de los expedientes de adopción con un determinado país, y para ello, solicitará un informe al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, que deberá ser remitido en el plazo de un mes.

Del mismo modo, para el procedimiento de suspensión o paralización de los expedientes de adopción con un determinado país, también será la Dirección General quien podrá, previa consulta a la Comisión Delegada, suspender o paralizar la tramitación de expedientes de adopción con un determinado país.

En cuanto a lo que recoge el Capítulo III, que trata sobre el establecimiento y distribución de expedientes de adopción internacional, se señalan los criterios para el establecimiento del número máximo de expedientes que se tramitarán anualmente, el procedimiento y la distribución de expedientes a tramitar a través de una Entidad Pública o mediante organismo acreditado. Cabe destacar que serán criterios a valorar cuando se inicie la tramitación con un determinado país, las necesidades de adopción internacional del mismo, el perfil de las personas menores de edad adoptables y el número de adopciones constituidas por terceros países, así como la situación de estabilidad sociopolítica y seguridad jurídica del país. Es importante destacar que el establecimiento del número total de expedientes a tramitar anualmente en cada país de origen no afectará a la

²⁶ Vid. Ortega Giménez, Alfonso y Castellanos Cabezeulo, Ángela María “Aplicación práctica del Nuevo Reglamento de adopción internacional”, en *revista Economist & Jurist*, Difusión Jurídica, junio, 2016, p. 32-33.

adopción de personas menores de edad con necesidades especiales, salvo en ciertas ocasiones.²⁷

En cuanto al procedimiento de expedientes que se tramitará anualmente, será la Dirección General de Familia quien, previa consulta de las comunidades autónomas a través de la Comisión Delegada, establecerá el número de expedientes nuevos que podrán tramitarse con cada país. Y la Comisión Delegada, será quien apruebe la distribución del número máximo de expedientes de adopción internacional a tramitar.

El capítulo IV regula los **organismos acreditados para la intermediación en adopción internacional**, estableciendo que estos podrán desarrollar su actividad en todo el territorio nacional, prestando sus servicios a las personas que se ofrezcan para la adopción con residencia habitual en España. Esta previsión facilita a las personas que se ofrecen para la adopción, la libre elección del organismo con el que quieren llevar a cabo su proceso de adopción, sin necesidad de que se produzca una autorización previa de las entidades públicas afectadas, como hasta ahora se venía haciendo.

En este capítulo también se desarrollan las funciones de los órganos acreditados para la intermediación en adopción internacional en España y en el país de origen, las obligaciones de los organismos acreditados, así como el régimen económico y financiero. Respecto a esto, el Reglamento establece que para hacer frente a los costes directos de tramitación de los expedientes de adopción, los organismos acreditados podrán percibir ingresos procedentes de las personas que se ofrecen para la adopción, que no podrán ser superiores a los costes reales de la tramitación y que deberán estar debidamente justificados.²⁸

En lo que respecta al Capítulo V, está dividido en siete secciones:

²⁷ Vid. Ortega Giménez, Alfonso y Castellanos Cabezeulo, Ángela María “Aplicación práctica del Nuevo Reglamento de adopción internacional”, en revista *Economist & Jurist*, Difusión Jurídica, junio, 2016, p. 33-34.

²⁸ Vid. Ortega Giménez, Alfonso y Castellanos Cabezeulo, Ángela María “Aplicación práctica del Nuevo Reglamento de adopción internacional”, en revista *Economist & Jurist*, Difusión Jurídica, junio, 2016, p. 34-35.

1. **La sección 1ª** regula los requisitos para el establecimiento del número de órganos susceptibles de acreditación y traspaso de tramitación de expedientes. También regula los requisitos económicos y financieros para la acreditación, así como los del personal de los organismos de intermediación a efectos de la acreditación.
2. **La sección 2ª** aborda el procedimiento de acreditación, estableciendo que la acreditación de los organismos interesados en realizar funciones de intermediación en adopción internacional se podrá realizar mediante concurso o, con carácter excepcional, por acreditación directa.
3. **La sección 3ª** articula la eficacia y duración de la acreditación y suspensión de la entrega de nuevos expedientes.
4. **La sección 4ª** aborda la retirada de la acreditación y las obligaciones de los organismos acreditados.
5. **La sección 5ª** regula la cooperación y fusión entre organismos acreditados.
6. **La sección 6ª** articula el modelo básico de contrato entre los organismos acreditados para la intermediación en adopción internacional y las personas que se ofrecen para la adopción.
7. **La sección 7ª** aborda el seguimiento y control de las actividades de los organismos acreditados.²⁹

Por último, el Capítulo VI regula el Registro Nacional de Organismos Acreditados de Adopción internacional y de Reclamaciones e Incidencias. Este Registro será único para todo el territorio español con adscripción y dependencia de la Dirección General. El registro constará de dos secciones; una sección primera dedicada al Registro de organismos acreditados, que será pública, general y gratuita. En esta sección se inscribirán de oficio los organismos que hayan sido acreditados en España por la Dirección General y autorizados en el país de origen por las autoridades competentes.

²⁹ Vid. Ortega Giménez, Alfonso y Castellanos Cabezeulo, Ángela María “Aplicación práctica del Nuevo Reglamento de adopción internacional”, en *revista Economist & Jurist*, Difusión Jurídica, junio, 2016, p. 35-38.

En la sección segunda, referida al Registro de reclamaciones e incidencias, se anotarán las reclamaciones e incidencias que formulen los usuarios de los organismos de intermediación, en relación con los servicios prestados por los mismos en el país de origen, así como, las resoluciones de estimación o desestimación.

Por tanto, el nuevo Reglamento de Adopción Internacional pretende unificar los criterios de estos procesos, así como agilizarlos y aportar mayor seguridad jurídica a las familias adoptantes y a los menores adoptados. Se pretende evitar que se acumulen expedientes en el país de origen y adecuar las necesidades de los menores a los ofrecimientos de las familias adoptantes; esta adecuación cuantitativa y cualitativa de los ofrecimientos generará una disminución en los tiempos de tramitación.

| | |
|---------------------|--|
| CAPÍTULO I | Disposiciones generales |
| CAPÍTULO II | Inicio, suspensión o paralización de la tramitación de adopciones en país de origen de personas menores de edad |
| CAPÍTULO III | Establecimiento y distribución del número máximo de expedientes de adopción internacional que se remitirá anualmente a cada país de origen |
| CAPÍTULO IV | Organismos acreditados para la intermediación en adopción internacional |
| CAPÍTULO V | Acreditación de los organismos |
| CAPÍTULO VI | Registro Nacional de Organismos Acreditados de Adopción Internacional y de Reclamaciones e Incidencias ³⁰ |

³⁰ Vid. Ortega Giménez, Alfonso y Castellanos Cabezuelo, Ángela María “Aplicación práctica del Nuevo Reglamento de adopción internacional”, en *revista Economist & Jurist*, Difusión Jurídica, junio, 2016, p.29.

III. 1. COMPETENCIA JUDICIAL

Como bien hemos mencionado en otros epígrafes anteriormente, la LAI es una norma jurídica que aborda el régimen jurídico de la adopción internacional, y su Título II viene referido a las “normas de Derecho Internacional Privado relativas a la adopción internacional”, ocupándose de las tres cuestiones capitales iusinternacional-privatistas.³¹ En concreto, cabe destacar que el Capítulo I trata la competencia para la constitución de la adopción internacional.

Entre las cuestiones de Derecho Internacional Privado, la determinación de la competencia de los tribunales Españoles en las cuestiones relacionadas con la adopción internacional, adquiere una importancia de primer orden.

Es de vital importancia destacar que la Ley establece tres supuestos diferentes que quedan recogidos en los artículos del 14 al 17 de la LAI.

En primer lugar, **el artículo 14 de la LAI**, establece que, con carácter general, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la constitución de la adopción en los siguientes casos: ³²

- a) Cuando el adoptado sea español o tenga su residencia habitual en España
- b) Cuando el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España
 - La nacionalidad española y la residencia habitual en España se apreciarán, en todo caso, en el momento de la presentación del ofrecimiento para la adopción a la Entidad Pública.

³¹ Vid. Ortega Giménez, Alfonso “Nueva Ley de Adopción Internacional: cuestiones de Derecho Internacional Privado” en *Revista Economist & Jurist*, número 201, Difusión Jurídica, Barcelona, junio, 2016, p 49.

³² Vid. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).

EJEMPLO : Antonio, ciudadano Español con residencia habitual en Alicante (España), lleva a cabo la adopción de un menor llamado Abel, con residencia en Alemania y con nacionalidad Alemana.

En este supuesto, serían competentes los Juzgados y Tribunales Españoles según el artículo 14 de la LAI, debido a que el adoptante es español y tiene su residencia habitual en España.

EJEMPLO : Albert, ciudadano Holandés con residencia en Italia, inicia una adopción de una menor Española y con residencia habitual en España llamada Nerea.

En este supuesto también serían competentes los Tribunales y Juzgados Españoles según el artículo 14 de la LAI puesto que la adoptada es española y tiene su residencia habitual en España.

En segundo lugar, **el artículo 15 de la LAI**, se refiere a la competencia judicial internacional para la declaración de nulidad o conversión en adopción plena de una adopción no plena en supuestos internacionales (el paso de la adopción simple a plena es en nuestro caso, el paso del acogimiento a la adopción), establece que los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la declaración de nulidad de una adopción en los siguientes casos: ³³

- a) Cuando el adoptado sea español o tenga su residencia habitual en España en el momento de presentación de la solicitud.
- b) Cuando el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España en el momento de presentación de la solicitud.
- c) Cuando la adopción haya sido constituida por autoridad española.

³³ *Vid.* Ortega Giménez, Alfonso y Heredia Sánchez, Lerdys. S “ Materiales de Derecho Internacional Privado para el grado en Derecho” , Ed. Difusión Jurídica, Madrid, Julio, 2018, p. 1074.

EJEMPLO: Dña Lucía, con residencia habitual en España, adoptó en Guatemala a una menor llamada Ana, y tras cumplir todos los trámites necesarios para la adopción según la legislación del país de origen de la menor, Dña Lucía solicitó ante los Juzgados de Barcelona la conversión de la adopción formalizada en Guatemala en adopción plena según las leyes españolas, y de este modo, se otorgue a dicha adopción los efectos jurídicos reconocidos por la legislación Española.

34

Si la ley aplicada a la adopción prevé la posibilidad de adopción simple o no plena (aquella constituida por autoridad extranjera competente cuyos efectos no se correspondan sustancialmente con los previstos para la adopción en la legislación española), los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la conversión de adopción simple en adopción plena en los casos señalados en el apartado anterior.³⁵

A efectos de lo establecido en esta ley, se entenderá por adopción simple o no plena aquella constituida por autoridad extranjera competente cuyos efectos no se correspondan sustancialmente con los previstos para la adopción en la legislación española.³⁶

³⁴ Vid. VV.AA , “Solicitud de conversión de adopción constituida en Guatemala en adopción plena”. Global economist & jurist, Barcelona, España, mayo, 2001. Disponible en <https://globla.economistjurist.es>

³⁵ Vid. Ortega Giménez, Alfonso y Heredia Sánchez, Lerdys. S “Materiales de Derecho Internacional Privado para el grado en Derecho”, Ed. Difusión Jurídica, Madrid, Julio, 2018, p. 1074.

³⁶ Vid. Ortega Giménez, Alfonso y Heredia Sánchez, Lerdys. S “Materiales de Derecho Internacional Privado para el grado en Derecho”, Ed. Difusión Jurídica, Madrid, Julio, 2018, p. 1074.

Es necesario hacer hincapié en el **artículo 16 de la LAI**³⁷ relativo a la competencia objetiva y territorial del órgano jurisdiccional, puesto que 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; o, en su caso, corresponderá al órgano judicial que los adoptantes elijan.

Por otro lado, **el artículo 17 de la LAI**, establece el supuesto adopción consular, articulando que, siempre que el Estado local no se oponga a ello ni lo prohíba su legislación, de conformidad con los Tratados internacionales y otras normas internacionales de aplicación, los **Cónsules** podrán constituir adopciones en el caso de que el adoptante sea Español, el adoptando tenga su residencia habitual en la demarcación consular correspondiente y no sea necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública . Cabe destacar que la nacionalidad del adoptante y la residencia habitual del adoptando se determinarán en el momento de inicio del expediente de adopción. Además, en la tramitación y resolución de este expediente de adopción será de aplicación la legislación sobre jurisdicción voluntaria.³⁸

Aunque es importante señalar que esta situación no se da mucho en la práctica.

EJEMPLO : adopción constituida en Bélgica por parte de Asunción Rodríguez, ciudadana con nacionalidad española y residente en Murcia, España, sobre Peter Rio, menor domiciliado en Bélgica. La adopción fue llevada a cabo por cónsul Español situado en Bélgica.

³⁷ *vid.* Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).

³⁸ *Vid.* Ortega Giménez, Alfonso y Heredia Sánchez, Lerdys. S “Materiales de Derecho Internacional Privado para el grado en Derecho”, Ed. Difusión Jurídica, Madrid, Julio, 2018, p. 1075.

| | |
|-------------|--|
| ARTÍCULO 14 | Competencia judicial internacional para constitución de adopción en supuestos internacionales |
| ARTÍCULO 15 | Competencia judicial internacional para declaración de nulidad o conversión en adopción plena de una no plena en supuestos internacionales |
| ARTÍCULO 16 | Competencia objetiva y territorial del órgano jurisdiccional |
| ARTÍCULO 17 | Competencia de los cónsules en la constitución de adopciones internacionales |



III. 2. LEY APLICABLE

En el Capítulo II de la LAI, podemos encontrar todo lo relativo a la ley aplicable de la adopción.

En primer lugar, debemos diferenciar dos situaciones, por un lado la ley aplicable a los supuestos de constitución de la adopción, y por otro lado, la ley aplicable a los supuestos de conversión y nulidad de la adopción.

En cuanto a la ley aplicable a los supuestos de constitución de la adopción, el artículo 18 de la LAI ³⁹establece lo siguiente :

- La constitución de la adopción por la autoridad competente española se regirá por lo dispuesto en la ley material española en los siguientes casos:
 - a) Cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción.
 - b) Cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España.

EJEMPLO : Daniel González, ciudadano con nacionalidad española y residente en Valencia, España, junto con su mujer, Alicia López, también con nacionalidad Española y residencia en España, conocen la historia de Sara, que es una mujer que huyó de su país de residencia por la insostenible situación que estaba viviendo allí, y decide trasladarse a España, donde comienza a trabajar como empleada de hogar para Daniel y Alicia. Poco después, Sara fallece debido a un infarto inesperado. Su hijo, Abel, fue internado en una institución de custodia de Copenhage, y tras este acontecimiento, deciden adoptar al menor Abel e inician los trámites oportunos.

En este supuesto, se aplicaría la ley Española según el artículo 18 de la LAI puesto que el adoptando va a ser trasladado a España con la

³⁹ Vid. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).

Por otro lado, el artículo 19 de la LAI⁴⁰ se refiere a la capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios, estableciendo que :

- La capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción, se regirán por la ley nacional del adoptando y no por la ley sustantiva española, en los siguientes casos:
 - a) Si el adoptando tuviera su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción.
 - b) Si el adoptando no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española, aunque resida en España.

- La aplicación de la ley nacional del adoptando prevista en el párrafo primero de este artículo procederá, únicamente, cuando la autoridad española competente estime que con ello se facilita la validez de la adopción en el país correspondiente a la nacionalidad del adoptando.

- Sin embargo, no procederá la aplicación de la ley nacional del adoptando prevista en el párrafo primero de este artículo cuando se trate de adoptandos apátridas o con nacionalidad indeterminada.

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

Cabe destacar que, en caso de que el adoptando tenga varias nacionalidades o no tenga nacionalidad, que son los llamados apátridas, debemos acogernos a lo establecido en los artículos 9.9 y 9.10 del Código Civil.

⁴⁰ Vid. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).

Por un lado, el artículo 9.9 del Código Civil⁴¹ establece que respecto a las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y , si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida.

Por otro lado, el artículo 9.10 del Código Civil⁴² determina que, se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual.

En lo que concierne al artículo 20 de la LAI⁴³, engloba todo lo relativo a los consentimientos, audiencias y amortizaciones. Destacando lo siguiente:

- La autoridad española competente para la constitución de la adopción podrá exigir, además, los consentimientos, audiencias o autorizaciones requerida por la ley nacional o por la ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando, siempre que concurren estas circunstancias:
 - a) Que la exigencia de tales consentimientos, audiencias o autorizaciones repercuta en interés del adoptando. Se entenderá que concurre “el interés del adoptando”, particularmente, si la toma en consideración de las leyes extranjeras facilita, según criterio judicial, la validez de la adopción en otros países conectados con el supuesto y sólo en la medida en que ello sea así.

⁴¹ *Vid.* Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE núm. 206 de 25 julio 1889) (Normas básicas. Marginal: 3716) Boletín Oficial del Estado, Madrid, España. (art 9)

⁴² *Vid.* Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE núm. 206 de 25 julio 1889) (Normas básicas. Marginal: 3716) Boletín Oficial del Estado, Madrid, España.

⁴³ *Vid.* Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).

- b) Que la exigencia de tales consentimientos, audiencias o autorizaciones sea solicitada por el adoptante o por el Ministerio Fiscal.

El artículo 22 de la LAI⁴⁴, por su parte, determina la ley aplicable a la conversión y nulidad de la adopción, estableciendo que la ley aplicable a la conversión de la adopción no plena en plena y a la nulidad de la adopción será la aplicada para su constitución.

Es de vital importancia destacar que el artículo 23 de la LAI⁴⁵, respecto al Orden Público, dispone que en ningún caso procederá la aplicación de una ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español. A tal efecto se tendrá en cuenta el interés superior del menor y los vínculos sustanciales del supuesto con España. Los aspectos de la adopción que no puedan regirse por un Derecho extranjero al resultar este contrario al orden público internacional español, se regirán por el Derecho sustantivo Español.

Por último en lo que respecta a la ley aplicable, **el artículo 24 de la LAI⁴⁶, relativo a la cooperación internacional de autoridades** determina que cuando la autoridad extranjera que va a constituir la adopción, siendo el adoptante español y residente en dicho país, solicite información sobre él a las autoridades españolas, el Cónsul podrá recabarla de las autoridades del último lugar de residencia en España, o facilitar la información que obre en poder del Consulado o pueda obtener por otros medios.

⁴⁴ Vid. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).

⁴⁵ Vid. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).

⁴⁶ Vid. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).

III. 3. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

El capítulo III de la LAI trata los efectos en España de las adopciones constituidas por las autoridades extranjeras, los cuales, están regulados en los artículos 26 al 31 de la LAI.

Por un lado, **el artículo 25 de la LAI**⁴⁷ relativo a las normas internacionales, establece que la adopción constituida por autoridades extranjeras será reconocida en España con arreglo a lo establecido en los Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España y, en especial, con arreglo al Convenio de La Haya de 29 de Mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

Cabe destacar que para el reconocimiento y ejecución del documento público de la adopción, ha de inscribirse en el Registro Civil.

Es cierto que antes de la Ley de adopción internacional, la solución al reconocimiento y ejecución de las adopciones constituidas por autoridad extranjera la encontrábamos en el artículo 9.5 del Código Civil, en el que se señalaban 4 requisitos que habían de reunirse para que ésta desplegara efectos jurídicos, validándose o no dicha opción. No obstante, esto no debía contenerse en una norma sustantiva, por ello con la Ley de Adopción Internacional se ha pasado a 8 requisitos, algunos de ellos redundantes, creando cierta inseguridad jurídica al establecer conceptos jurídicos indeterminados. Estos requisitos se encuentran en los artículos 26 al 31 de la misma.

⁴⁷ Vid. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).

Por otro lado, **el artículo 26 de la LAI⁴⁸**, referente a los requisitos para la validez en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales establece lo siguiente:

⇒ En defecto de Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España que resulten aplicables, la adopción constituida por autoridades extranjeras será reconocida en España como adopción si se cumplen los siguientes requisitos:

1. Que haya sido constituida por autoridad extranjera competente. Se considerará que la autoridad extranjera es competente si el supuesto presenta vínculos razonables con el Estado extranjero cuyas autoridades la han constituido.
2. Que la adopción no vulnere el orden público.

A estos efectos se considerará que vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación.

Cuando el adoptante o el adoptado sea español, la adopción constituida por autoridad extranjera debe surtir los efectos jurídicos que se corresponden, de modo sustancial, con los efectos de la adopción regulada en Derecho español.

Será irrelevante el nombre legal de la institución en el Derecho extranjero.

En particular, las autoridades españolas controlarán que la adopción constituida por autoridad extranjera produzca la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de

⁴⁸ *Vid.* Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).

filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes.

Cuando la ley extranjera admita que la adopción constituida a su amparo puede ser revocada por el adoptante, será requisito indispensable que éste, antes del traslado del menor a España, renuncie al ejercicio de la facultad de revocarla. La renuncia deberá formalizarse en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil.

Cuando el adoptante sea español y residente en España, la Entidad Pública Española competente deberá declarar su idoneidad previamente a la constitución de la adopción por el órgano competente extranjero. No se exigirá dicha declaración de idoneidad en los casos en los que de haberse constituido la adopción en España no se hubiera requerido la misma.

Si el adoptando fuera español en el momento de constitución de la adopción ante la autoridad extranjera competente, será necesario el consentimiento de la Entidad Pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España.

El documento en el que conste la adopción constituida ante autoridad extranjera deberá reunir los requisitos formales de autenticidad consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción a idioma oficial español. Se exceptúan los documentos eximidos de legalización o traducción en virtud de otras normas vigentes.

En primer lugar, **el artículo 27 de la LAI**⁴⁹ nos muestra el primer requisito, el cual trata el control de la validez de la adopción constituida por autoridad extranjera, estableciendo que la autoridad pública española ante la que se suscite la validez de una adopción constituida por autoridad extranjera y, en especial, el Encargado del Registro Civil en el que se inste la inscripción de la adopción constituida en el extranjero para su reconocimiento en España, controlará,

⁴⁹ Vid. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).

incidentalmente, la validez de dicha adopción en España con arreglo a las normas contenidas en el Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, a través de la presentación del certificado de conformidad con lo previsto en su artículo 23 y de que no se ha incurrido en la causa de no reconocimiento prevista en el artículo 24 de dicho Convenio.

En los casos de menores que provengan de países no signatarios del mismo, el Encargado del Registro Civil realizará dicho control incidental verificando si la adopción reúne las condiciones de reconocimiento.

En segundo lugar, el **artículo 28 de la LAI**⁵⁰, relativo a los requisitos para la validez en España de decisiones extranjeras de *conversión o nulidad de una adopción*, determina que las decisiones de la autoridad pública extranjera en cuya virtud se establezca la conversión o nulidad de una adopción surtirán efectos legales en España.

En tercer lugar, el **artículo 29 de la LAI**⁵¹ expone otro requisito, el cual es vital, y consta de la inscripción de la adopción en el Registro Civil. Es decir, el artículo 29 de la LAI determina que cuando la adopción internacional se haya constituido en el extranjero y los adoptantes tengan su residencia habitual en España deberán solicitar la inscripción de nacimiento del menor y de adopción conforme a las normas contenidas en la Ley de Registro Civil para que la adopción se reconozca en España.

En cuarto lugar, el **artículo 30 de la LAI**⁵², es concerniente a las adopciones simples o no plenas legalmente constituidas por autoridades extranjeras, y establece lo siguiente:

⁵⁰ Vid. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).

⁵¹ Vid. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).

⁵² Vid. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).

- ❖ La adopción simple o no plena constituida por autoridad extranjera surtirá efectos en España, como adopción simple o no plena, si se ajusta a la ley designada por el artículo 9.4 del Código Civil
- ❖ La ley designada por el artículo 9.4 del Código Civil determinará por tanto, la existencia, validez, y efectos de tales adopciones, así como la atribución de la patria potestad.
- ❖ La adopción simple o no plena no será objeto de inscripción en el Registro Civil español como adopción ni comportará la adquisición de la nacionalidad española con arreglo al artículo 19 del Código Civil.
- ❖ **La adopción simple o no plena constituida por autoridad extranjera competente podrá ser convertida en la adopción regulada por el Derecho español cuando se den los requisitos previstos para ello, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. La conversión se regirá por la ley determinada con arreglo a la ley de su constitución.**

Para instar el correspondiente expediente judicial no será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública competente.

En todo caso, para la conversión de una adopción simple o no plena en una adopción plena, el Juez competente deberá examinar la concurrencia de los siguientes extremos:

- a) Que las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción hayan sido convenientemente asesoradas e informadas sobre las consecuencias de su consentimiento, sobre los efectos de la adopción y, en concreto, sobre la extinción de los vínculos jurídicos entre el menor y su familia de origen.
- b) Que tales personas hayan manifestado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento haya sido prestado por escrito.

- c) Que los consentimientos no se hayan obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no hayan sido revocados.
- d) Que el consentimiento de la madre, cuando se exija, se haya prestado tras el nacimiento del menor.
- e) Que, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del menor, éste haya sido convenientemente asesorado e informado sobre los efectos de la adopción y, cuando se exija, de su consentimiento a la misma.
- f) Que, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del menor, éste haya sido oído.
- g) Que, cuando haya de recabarse el consentimiento del menor en la adopción, se examine que éste lo manifestó libremente, en la forma y con las formalidades legalmente previstas, y sin que haya mediado precio o compensación de ninguna clase.

Por último, **el artículo 31 de la LAI⁵³** hace referencia al Orden Público internacional, destacando que en ningún caso procederá el reconocimiento de una decisión extranjera de adopción simple o no plena si produce efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español. A tal efecto, se tendrá en cuenta el interés superior del menor.

REQUISITOS PARA VALIDEZ EN ESPAÑA DE ADOPCIONES CONSTITUIDAS POR AUTORIDADES EXTRANJERAS EN DEFECTO DE NORMAS INTERNACIONALES

| | |
|------------------|--|
| PRIMER REQUISITO | Control de la competencia judicial internacional de la autoridad de origen → adopción constituida por autoridad extranjera competente |
|------------------|--|

⁵³ Vid. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007). Boletín Oficial del Estado, Madrid, España.

| | |
|-------------------|---|
| SEGUNDO REQUISITO | Control del Derecho aplicable respecto a la capacidad y consentimiento del adoptado/ adoptando |
| TERCER REQUISITO | Control sobre efectos de adopción → adopción constituida por autoridad extranjera debe tener mismos efectos jurídicos que la adopción regulada por Derecho Español (EQUIPARACIÓN EFECTOS) |
| CUARTO REQUISITO | Declaración de idoneidad previa por autoridad española cuando adoptante sea Español y residente en España |
| QUINTO REQUISITO | Consentimiento por autoridad pública española cuando adoptando sea español (no se da mucho en la práctica) |
| SEXTO REQUISITO | Autenticidad del documento → El documento constitutivo de adopción deberá estar traducido, legalizado o apostillado |
| SÉPTIMO REQUISITO | Control sobre la validez sustantiva de la adopción → requisito redundante puesto que reitera el requisito de control sobre efectos de adopción y que no sea contrario al Orden Público. |
| OCTAVO REQUISITO | Que la adopción no produzca efectos contrarios al orden público español |

IV. LA KAFALA

La cercanía con Marruecos y el hecho de que los marroquíes sigan siendo en términos absolutos, los nacionales de terceros Estados con más presencia en España, explica el que sea la “Kafala” marroquí la más frecuente cada vez, conforme el núcleo de diversas situaciones que reclaman la atención de nuestra disciplina y de nuestra justicia, máxime cuando aquella puede adoptar la modalidad internacional.⁵⁴

El claro asentamiento de la “Kafala” en los valores tradicionales de estas sociedades, lleva a que sea habitual el que no exista una normativa específica dedicada a ella, pero no es el caso del Derecho marroquí que cuenta con la Ley nº 15-01, relativa a la “Kafala” de los menores abandonados y que viene a sustituir una ley anterior a la nº 1-93-165 relativa igualmente a los menores abandonados.⁵⁵

El tener un marco legal que articule toda la regulación de la “Kafala”, desde las condiciones para su pronunciamiento hasta los efectos de aquel y los motivos de su cese, genera una importante seguridad jurídica y nos permite conocer con más precisión a ésta interesante institución. Pero conviene resaltar que esta norma sólo se refiere a la “Kafala” respecto de menores abandonados y en la práctica, existe otro tipo de “Kafala” que puede ser otorgada respecto de menores que no tienen la condición de abandonados, según lo establecido en esta ley. Existen por tanto, diferentes tipos de “Kafala” que requerirán de

⁵⁴ Vid. Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millennium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.145. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

⁵⁵ Vid. Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millennium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.145. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

diferente tratamiento a los efectos de su posible reconocimiento en España⁵⁶, como veremos más adelante.

La “Kafala” es una institución familiar del derecho islámico y de origen religioso que no crea vínculos de filiación como la adopción. Se aparta también de la misma porque los menores que acoge la “Kafala” son menores sin hogar, (huérfanos o abandonados sin filiación o con filiación, siempre biológica), pero al igual que la adopción, su fin es la protección del interés de menor⁵⁷. Consiste, por tanto, en el compromiso de cuidado de un menor, y está íntimamente relacionado con el interés del niño en que se declara fundada la La Sharia, la ley islámica.⁵⁸

Mediante la “Kafala”, una persona, por lo general un varón, llamado “kafil” (titular de la “Kafala”), se hace cargo de un menor, denominado “makful”, a quien se limita a garantizar su mantenimiento, educación y protección, de la misma manera que un padre lo haría para con su hijo.

Es importante resaltar la manera gráfica en que se describe las obligaciones que derivan de la “Kafala”, tanto en el Código Argelino de estatuto personal, artículo 116 “de igual forma que lo haría un padre por su hijo”, como en la Ley marroquí nº 15-01 relativa a la “Kafala” de los menores abandonados “de la misma manera que lo haría un padre por su hijo”. Esta institución está íntimamente ligada a los

⁵⁶ Vid. Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millenium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.145. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

⁵⁷ Vid. Ortega Giménez, Alfonso “La Kafala de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, en *Actualidad Jurídica iberoamericana*, número 3, España, agosto, 2015, p. 821-822.

⁵⁸ Vid. Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millenium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.142. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

valores sociales tradicionales que presiden la sociedad islámica en general, y en concreto a sus valores religiosos.⁵⁹

A modo de ejemplo , la STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª), de 14 de Septiembre de 2004, ha establecido que esta institución de guarda “supone asumir su educación (del menor), manutención, escolarización y todas las necesidades de la vida cotidiana, así como velar por la garantía de sus derechos legales y administrativos tanto dentro del territorio nacional como fuera”.⁶⁰

En lo que respecta a los efectos relativos a la constitución de la “Kafala”, cabe destacar que el artículo 2 de la Ley nº 15-01 describe con precisión lo que debe entenderse por “Kafala” a los efectos de tal ley: “el compromiso de asumir la protección, la educación y la manutención de un menor abandonado de la misma manera que lo haría un padre por su hijo”.⁶¹

En concordancia con ello, la ley establece los efectos que se derivan de la resolución relativa al otorgamiento de la “Kafala”, y el artículo 22 de dicha ley dispone que “la persona que asume la “Kafala” o el establecimiento, organismo, asociación u organización implicados será la responsable de la ejecución de las obligaciones relativas a la manutención, a la guarda y a la protección del menor acogido y velará porque sea educado en un ambiente sano, en el que se satisfagan sus necesidades esenciales hasta que alcance la mayoría de edad legal, de conformidad con las disposiciones previstas por el Código de Estatuto Personal relativas a la guardia y manutención de los menores”. Es preciso señalar que la mayoría de edad empieza a los 18 años (Artículo 209 del Estatuto

⁵⁹ Vid. Diago Diago, Mª del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millennium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.142. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

⁶⁰ Vid. Ortega Giménez, Alfonso “La Kafala de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, en *Actualidad Jurídica iberoamericana*, número 3, España, agosto, 2015, p. 822

⁶¹ Vid. Diago Diago, Mª del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millennium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.145. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

Personal), pero este precepto hace una precisión especial relativa a los casos en que el “makful” sea una niña, pues entonces su manutención deberá prolongarse hasta su matrimonio, de conformidad con las disposiciones del Código de Estatuto Personal relativas a la manutención de la niña; en caso de matrimonio, la obligación recaerá sobre el marido. Ahora bien, si el menor con independencia del sexo, dispone de medios para su manutención, entonces no habrá lugar a ella por parte del “Kafil”.⁶²

Además, hemos de recalcar que el “Kafil” se beneficiará de las indemnizaciones y subsidios que están previstas para los padres por sus hijos y que la persona que asuma la “Kafala”, será civilmente responsable de los actos del menor acogido.⁶³

Como bien hemos destacado anteriormente, la “Kafala” no da derecho a la filiación y tampoco da derecho a la sucesión, pero la Ley relativa a la “Kafala” de menores abandonados, permite el que la persona que asume la “Kafala”, pueda beneficiar al menor acogido con una donación, legado, Tanzil.⁶⁴

Por último, la constitución de la “Kafala” limita la libertad del “kafil” para establecerse en el extranjero de manera permanente con el “makful”. En estos casos, para que pueda abandonar el territorio de Marruecos, requerirá, una autorización del Juez tutelar que tendrá en cuenta el interés de las partes. En el supuesto en que se obtenga tal autorización, se remitirá una copia a los servicios consulares marroquíes del lugar de residencia del “kafil”, con el fin de seguir la

⁶² Vid. Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millennium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.145-146. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

⁶³ Vid. Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millennium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.146. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

⁶⁴ Vid. Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millennium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.147. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

situación del menor y de controlar la ejecución por esta persona de las obligaciones previstas en el artículo 22.⁶⁵

Además, el “makful” no adquiere el apellido del “kafil”, del mismo modo que tampoco goza de ningún derecho a heredar de él, como bien se ha mencionado anteriormente (aunque resulte frecuente en algunos ordenamientos el recurso al tanzil, también llamado “adopción de recompensa” o “adopción testamentaria”, institución de Derecho sucesorio por cuya virtud una persona -eventualmente el makful- se convierte en legataria de un tercio de los bienes de otra).⁶⁶

Una de las peculiaridades que presenta la “Kafala” marroquí es que, entre las condiciones que debe cumplir aquellos a los que se les confía la “Kafala”, no está el de ser nacionales marroquíes, por lo que **se acepta la “Kafala” internacional** siempre que los que la asuman cumplan con los requisitos expuestos y sin que se pueda soslayar el de la pertenencia a la religión islámica.⁶⁷

Por otro lado, es necesario destacar que la “Kafala” no se aplica a una única categoría de niños: los “makful” pueden ser niños huérfanos, abandonados con filiación desconocida o pueden ser niños considerados abandonados de filiación conocida cuyos padres son incapaces de atender a sus necesidades o no disponen de medios legales de subsistencia; pero todos tienen en común que, en todo caso, se considera que están abandonados.⁶⁸

⁶⁵ Vid. Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millenium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.147. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

⁶⁶ Vid. Ortega Giménez, Alfonso “La Kafala de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, en *Actualidad Jurídica iberoamericana*, número 3, España, agosto, 2015, p. 822

⁶⁷ Vid. Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millenium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.148. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

⁶⁸ Vid. Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millenium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.147. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

De manera que hay diversos tipos de “Kafala”, (a pesar de que la esencia de la institución en ambos casos no varía, pues se trata de proteger a un menor), entre los que podemos encontrar diversas modalidades:

- la primera modalidad consta de la “Kafala” constituida respecto de un menor abandonado que requiere de una declaración judicial previa de abandono y de un procedimiento que termina con la resolución dictada por el juez de Tutelas contra la cual cabrá recurso de apelación.⁶⁹
- La segunda modalidad de la “Kafala”, no requiere la intervención del juez y se constituye no respecto de un menor abandonado, pues no existe declaración de abandono ni sentencia que lo declare y el menor tiene filiación conocida. En estos supuestos, son los propios padres lo que entregan a su hijo al “Kafil” y lo hacen de una manera privada, mediante un acta adular, por ello es conocida como “Kafala” notarial. Esta “Kafala” notarial no se somete a los controles y prevenciones que la Ley establece para los menores abandonados.⁷⁰

Asimismo, el acto de constitución de la “Kafala” es un acto de jurisdicción voluntaria y surtirá efectos jurídicos en España a través del reconocimiento, sin que sea ni necesario ni adecuado acudir a la vía del exequátur. La resolución extranjera de la “Kafala” deberá pasar por consiguiente, un “reconocimiento incidental”, que comporta siempre un control de regularidad de los requisitos procesales de tal resolución. El control lo realizará la autoridad ante la cual se

⁶⁹ Vid. Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millenium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.149. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

⁷⁰ Vid. Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millenium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.149. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

desea hacer valer los efectos de tal acto y los extremos objeto de aquel serán, en su mayoría, de carácter formal.⁷¹

De este modo se controlará la autenticidad del documento. Se exige para ello legalización de aquel o apostilla (artículo 323.2º LEC); así como traducción al idioma oficial español (artículo 144 LEC); al igual que la observancia de la forma prevista en el país en el que se haya otorgado el documento y que acredita el carácter público” de la autoridad que interviene en el acto (artículo 323.1º LEC). Se comprobará asimismo, que se ha producido la intervención de una autoridad “pública” en la constitución de la “Kafala” que haya operado con funciones “constitutivas” y no meramente fedatarias. Y se controlará además, la competencia de la autoridad extranjera que constituyó la “Kafala” y el respeto, en su caso, de los derechos de defensa.⁷²

Es indudable por tanto que, desde el punto de vista del Derecho español, la “Kafala” no es una adopción, ya que no produce la creación de una nueva relación jurídica paterno-filial entre el “kafil” y el “makful”. Al no crear un vínculo jurídico de filiación entre las personas entre las que se constituye, no puede ser considerada como una clase de adopción internacional. En consecuencia, se admite que la “Kafala” pueda ser equiparada a un acogimiento familiar, en dos de las modalidades previstas en el artículo 173, bis, párrafo primero, de nuestro Código Civil.⁷³

Es por ello que esta medida jamás recibirá el reconocimiento en España como adopción y por tanto, no entrará dentro del sistema creado por la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, para el reconocimiento en España de adopciones

⁷¹ Vid. Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millennium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.151. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

⁷² Vid. Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millennium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.151-152. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

⁷³ Vid. Ortega Giménez, Alfonso “La Kafala de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, en *Actualidad Jurídica iberoamericana*, número 3, España, agosto, 2015, p. 823

constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales.

74

Sólo la exigencia de establecimiento de la “Kafala” mediante un “acto legal” aproxima esta institución a la adopción.⁷⁵

La Resolución- Circular de la DGRN de 15 de julio de 2006, afirma así, que la Kafala “del Derecho de los países de inspiración coránica, es una institución que no crea vínculo de filiación [...]. No se producen, en consecuencia, ni la modificación del orden sucesorio en la herencia causada por cualquiera de los miembros de la nueva familia, ni el nacimiento de vínculo de parentesco alguno, ni, en consecuencia, impedimentos para el matrimonio”. De ahí que la RDGRN de 14 de mayo de 1992 denegara la inscripción en el Registro Civil español de una adopción constituida conforme a la legislación marroquí, adquiriendo posteriormente los cónyuges, a quienes se había confiado el menor, la nacionalidad española por residencia al señalar que: “ a la vista de las informaciones obtenidas sobre la legislación marroquí hay que concluir que la “adopción constituida ante las autoridades marroquíes competentes no guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el ordenamiento español: no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados, no implica alteración en el estado civil de éstos y sólo alcanza a establecer una obligación personal por la que el matrimonio que se hace cargo de un menor ha de atender a sus necesidades y manutención. Es claro, pues, que esta figura no pueda considerarse incluida en la lista de actos inscribibles que detalla el artículo 1 de la Ley de Registro Civil”. El mismo sentido se pronuncian las posteriores Resoluciones de la DGRN de 18 de octubre de 1993, las cuales, tras calificar la

⁷⁴ Vid. Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millenium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.154. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

⁷⁵ Vid. Ortega Giménez, Alfonso “La Kafala de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, en *Actualidad Jurídica iberoamericana*, número 3, España, agosto, 2015, p. 822

“Kafala” como un mero acogimiento, **observan que la adopción habrá de constituirse ex novo por el juez español competente.**⁷⁶

Es necesario determinar que, sea como fuere el perfil diseñado para la “Kafala” por los diferentes sistemas jurídicos musulmanes, lo que no varía es su fundamento y su anclaje en la ley divina revelada por Dios, en la Sharia, de ahí que el factor religioso sea extremadamente importante, puesto que este forma parte de la esencia de esta peculiar forma de protección de los menores y encuentra su explicación en un principio que inspira los sistemas jurídicos islámicos y que orienta sus diferentes normativas: la preservación de los lazos de sangre y por ende, la exclusión de la adopción.⁷⁷

La existencia de la “Kafala” en el Derecho musulmán está directamente relacionada con la expresa prohibición de la adopción en la religión musulmana. Esta prohibición tiene un origen muy polémico que se ha vinculado directamente con la vida personal del Profeta.⁷⁸ En relación con esto, la adopción en la mayoría de los sistemas jurídicos musulmanes esta prohibida, es haram, con excepción en los países del Magreb de Túnez que la admite, si bien con una práctica muy escasa.⁷⁹

⁷⁶ Vid. Ortega Giménez, Alfonso “La Kafala de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, en *Actualidad Jurídica iberoamericana*, número 3, España, agosto, 2015, p. 823

⁷⁷ Vid. Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millenium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.142. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

⁷⁸ Vid. Ortega Giménez, Alfonso “La Kafala de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, en *Actualidad Jurídica iberoamericana*, número 3, España, agosto, 2015, p. 823-824

⁷⁹ Vid. Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millenium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.142. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

Debemos señalar que no podemos encontrar una sola institución que tenga características similares: ni la adopción, ni la tutela, y ni el acogimiento acogen totalmente la misma función que la “Kafala” del Derecho islámico.⁸⁰

En los ordenamientos jurídicos de raíz musulmana que admiten esta institución, la “Kafala” no genera un “vínculo de filiación” entre el menor (makful) y sus “cuidadores” (kafils), como bien hemos ido señalando a lo largo de este epígrafe. Así, el menor no dispone de derechos sucesorios en relación con su “nueva familia”, ni existe vínculo de parentesco con dicha nueva familia. Por lo que la Kafala musulmana no presenta el mismo contenido ni efectos que la “adopción” de los países occidentales.⁸¹

Es decir, el titular de la “Kafala” (kafil) no ostenta la patria potestad respecto del menor cuyo cuidado asumen.⁸²

Los Ordenamientos Jurídicos de ciertos Estados musulmanes exigen, como requisito indispensable para la validez de la constitución de la “Kafala”, que el “kafil” profese la religión musulmana; esto se explica debido a que una de las finalidades básicas de la “Kafala” es asegurar la educación del menor en la Fe del Islam.⁸³

⁸⁰ Vid. Ortega Giménez, Alfonso “La Kafala de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, en *Actualidad Jurídica iberoamericana*, número 3, España, agosto, 2015, p. 823.

⁸¹ Vid. Ortega Giménez, Alfonso “La Kafala de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, en *Actualidad Jurídica iberoamericana*, número 3, España, agosto, 2015, p. 824.

⁸² Vid. Ortega Giménez, Alfonso “La Kafala de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, en *Actualidad Jurídica iberoamericana*, número 3, España, agosto, 2015, p. 824.

⁸³ Vid. Ortega Giménez, Alfonso “La Kafala de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, en *Actualidad Jurídica iberoamericana*, número 3, España, agosto, 2015, p. 824.

La configuración concreta de la “Kafala” en los distintos países musulmanes es muy variable: algunos países como Irán, Mauritania o Egipto, no permiten una “kafala internacional”, pero sin embargo, otros países como Marruecos o Pakistán sí las permiten, siempre que los potenciales “kafils” sean de religión islámica, y , otros países como Indonesia o Túnez, que también son de tradición islámica, si que admiten la adopción y la “Kafala”.⁸⁴

Hemos de destacar que las “Kafalas” constituidas por autoridades extranjeras con arreglo al Derecho islámico pueden producir efectos en diversos órdenes jurídicos.⁸⁵

En este sentido, la Ley de adopción internacional, cuando en su artículo 34 permite la equiparación al acogimiento o tutela, lo hace a los efectos exclusivos de la materia que regula y atendiendo a la equiparación de funciones con la “Kafala” en el supuesto concreto. Nada impide por ello, que la normativa de extranjería opte en su caso, por reconocer efectos a las resoluciones de “Kafala” produciéndose la equiparación incluso a otra figura distinta. Lo mismo ocurre con la posible equiparación como adopción que podría producirse a efectos del acceso a una prestación de la Seguridad Social, con base en la función asistencial que la “Kafala” en efecto cumple, lo que ya ha ocurrido en la Sentencia del Tribunal Superior de Madrid 31 enero 2008, que ya es firme.⁸⁶

Si se toma como referencia el ámbito concreto y especial de la Ley de adopción internacional, como señalan a.-l. calvo caravaca y J. carrascosa González, la

⁸⁴ Vid. Ortega Giménez, Alfonso “La Kafala de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, en *Actualidad Jurídica iberoamericana*, número 3, España, agosto, 2015, p. 824.

⁸⁵ Vid. Ortega Giménez, Alfonso “La Kafala de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, en *Actualidad Jurídica iberoamericana*, número 3, España, agosto, 2015, p. 824.

⁸⁶ Vid. Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millenium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.159. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

solución articulada es meramente instrumental o transitoria. A través de ella, lo que se potencia y facilita es la adopción *ex novo* posterior del menor conforme a nuestro Derecho. Se trata por tanto, de una solución que en ningún caso producirá la conversión automática de la “Kafala” en adopción y que requerirá de la iniciativa de las partes y del concurso de la autoridad competente. Esta deberá valorar a la luz del Derecho marroquí, las circunstancias del caso concreto para determinar si concurren los requisitos que se exigen y en especial, el primero de ellos, que señala: Artículo 34.1º: *Que los efectos sustanciales de la institución extranjera sean equivalentes a los del acogimiento familiar o, en su caso, a los de la tutela, previstos por la ley española.*⁸⁷

Se ha de observar que el precepto hace referencia a los efectos sustanciales y no a la igualdad de funciones ni a la identidad de instituciones.⁸⁸

La equiparación, con carácter general, de la “Kafala” con un acogimiento o una tutela incurre en el mismo error que la equiparación con carácter general a una adopción. Todas estas soluciones llevan al mismo resultado: provocar una metamorfosis irreversible y forzada de una institución extranjera, que al final del proceso, termina convertida en otra cosa. Obsérvese además, que el resultado final será el de una mariposa cuyas alas serán siempre o más largas o más cortas que las que le deberían de corresponder a su especie, por cuanto que los efectos a los que dará lugar, irán más allá o se quedarán más acá, de los diseñados por la ley extranjera de origen.⁸⁹

⁸⁷ Vid. Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millennium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.159. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

⁸⁸ Vid. Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millennium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.159-160. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

⁸⁹ Vid. Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millennium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.160. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

La solución que permite respetar la integridad de la “Kafala”, pasa necesariamente por reconocer los efectos previstos por la ley extranjera, atendiendo a cada supuesto concreto; esto es, examinando el contenido del acto de constitución y buscando la equiparación funcional con la figura de Derecho español, que pueda dar la cobertura suficiente al efecto reclamado.⁹⁰

Una vez reconocida en España la “Kafala” como tutela o acogimiento familiar español, surtirá los efectos jurídicos de estas instituciones legales “españolas”. Equiparar, con carácter general, la “Kafala” con una filiación adoptiva constituye un grave error, incluso si ello se lleva a cabo a efectos de la concesión de una pensión pública de orfandad.⁹¹ Sin embargo, lo cierto es que, en este punto, existe una jurisprudencia contradictoria.^{92 93}

En otro orden de cosas, desde el punto de vista del derecho de la extranjería, debemos señalar los siguientes efectos jurídicos:⁹⁴

⁹⁰ Vid. Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millenium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010, p.160. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

⁹¹ Vid. STSJ Madrid 31 enero 2008 [*kafala* marroquí]; muy correcta, en Francia, la Sentencia Cour Cass. [Francia] 11 junio 2009.

⁹² Vid., en sentido favorable, los AAP Barcelona, Secc. 18a, de 8 de julio de 2008 y de 30 de octubre de 2008, el AAP Guipúzcoa, Secc. 3a, de 4 de junio de 2008, o el AAP Valladolid, Secc. 1a, de 11 de diciembre de 2008. En sentido contrario, entre otras, el AAP Tarragona, Secc. 1a, de 23 de junio de 2008 o el AAP Cádiz, Secc. 5a, de 11 de diciembre de 2008

⁹³ Vid. Ortega Giménez, Alfonso “La Kafala de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, en *Actualidad Jurídica iberoamericana*, número 3, España, agosto, 2015, p. 825.

⁹⁴ Vid. Ortega Giménez, Alfonso “La Kafala de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, en *Actualidad Jurídica iberoamericana*, número 3, España, agosto, 2015, p. 825.

1. La concesión de visado para la reagrupación familiar, cuando la “Kafala” se ha constituido en un procedimiento administrativo o judicial. El visado debe concederse, cuando la “Kafala” se ha constituido en un procedimiento administrativo o judicial por la autoridad pública competente y se ha constatado la situación de desamparo del menor (si éste tiene padres o tutores), en cuyo caso el “kafil” es equiparado a un tutor dativo.⁹⁵
2. Denegación de visado, cuando la “Kafala” se ha acordado privadamente o por acta notarial. Por el contrario, se entiende que no procede el visado en los casos de ausencia de procedimiento judicial o administrativo de constitución de la “Kafala”.⁹⁶

Además, es necesario enfatizar la cuestión relativa a que la “Kafala” no tiene una correspondencia en nuestro derecho con los vínculos de filiación que, a través del divorcio, puede conllevar la constitución de relaciones paterno filiales, puesto que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, de 16 de octubre de 2019 declara lo siguiente: - La Sala comparte los fundamentos de derecho en los que se basa la sentencia para desestimar las pretensiones de la Sra Remedios con relación a la pensión de alimentos o cargas del matrimonio solicitada a favor de la menor María Rosario. Del examen de lo actuado y la prueba practicada a instancia de la demandada se deduce que los litigantes solicitaron la adopción de la menor nacida en Marruecos...de 2016, habiéndoles

⁹⁵ *Vid.* la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1a, de 14 de marzo de 2008; o, la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1a, de 2 de octubre de 2008.

⁹⁶ En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la STSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1a, de 30 noviembre de 2007; la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1a, de 5 de junio de 2008; la STSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2a, de 23 de septiembre de 2008; o, la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1a, de 16 de junio de 2009.

sido concedida bajo el régimen de la tutela dativa (Kafala) en su favor el 14 de octubre de 2017(...). Tal institución, que según la Dirección General de Registros y Notariado, en resolución de 15 de julio de 2006 cumple una función semejante al acogimiento familiar, avalada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, y según el artículo 34, es una institución propia del mundo islámico por la que el “kafil” (titular de la Kafala) adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente del cuidado, educación y protección del menor (makful), de la misma manera que un padre lo haría para con su hijo, pero que no crea un vínculo de filiación entre la persona que asume la “Kafala” del menor y este último y se limita a fijar una obligación personal por la que los adoptantes se hacen cargo del adoptando y se obligan a atender su manutención y educación. Por su parte, la ley española sólo ofrece dos posibles soluciones a los ciudadanos que constituyen una “Kafala” en un país islámico: el reconocimiento, sin más pretensiones, a través del artículo 34 de la Ley de Adopción Internacional o la constitución de una nueva adopción en España conforme a la ley española. Ahora bien, el artículo 19 de la Ley de Adopción Internacional de 28 de Diciembre de 2007, sobre capacidad del adoptando y consentimientos necesarios, establece literalmente: <<...’. Sin negar el valor jurídico que tiene la constitución de la “Kafala” y las obligaciones que ello conlleva para con la menor, no puede desconocerse que los efectos que de ello se derivan en el presente procedimiento de divorcio no sean los que ha solicitado la apelante, pues esta institución jurídica marroquí, no tiene una correspondencia en nuestro derecho con los vínculos de filiación que regula el artículo 91 del Código Civil, y que a través del divorcio pretendido puede conllevar la constitución de una serie de medidas reguladoras de las relaciones paterno filiales y económicas pretendidas por la parte, ni como alimentos ni tampoco como cargas del matrimonio. Por ello, procede la confirmación íntegra de la sentencia en esta cuestión>>. ⁹⁷

⁹⁷ Vid. Fernández Rozas, José Carlos, “La Kafala no tiene una correspondencia en nuestro Derecho con los vínculos de filiación que, a través del divorcio, puede conllevar la constitución de relaciones paterno-filiales (SAP Alicante 16 octubre 2019)”, en el Blog de Fernández Rozas, España, abril, 2020. Disponible en <https://www.fernandezrozas.com>

En conclusión, hemos de destacar que la “Kafala” es una institución muy compleja que tiene un marcado carácter multifuncional, y que cuenta con un poderoso componente religioso. Todo ello hace que se resista a toda tentativa de asimilación plena, con las instituciones de Derecho español, complicando la tarea de Derecho Internacional Privado de asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas en situaciones transfronterizas.

La sustitución integral de la “Kafala” por una medida de protección del menor propia de nuestro sistema y en especial, por la adopción, acogimiento o tutela, desencadena una metamorfosis artificial de aquella. Se produciría así una “nacionalización” no justificada, por cuanto que los efectos que estaría llamada a desplegar conforme al Derecho español, no coincidirían con los previstos en el ordenamiento extranjero de origen.

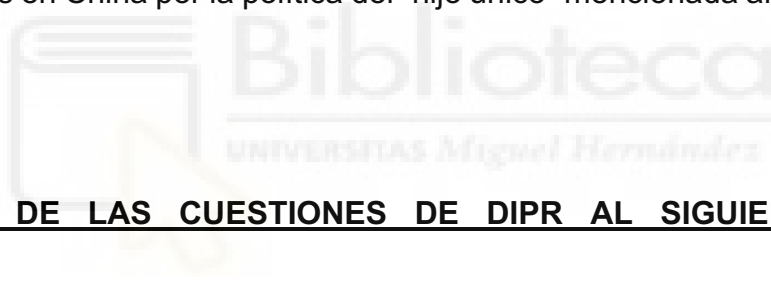
Finalmente, las resoluciones de “Kafala” una vez reconocidas en España, deben poder desplegar los efectos que le son propios, según la ley extranjera de origen. Para ello se requerirá el análisis del caso concreto para, conforme a lo que establece el Derecho de origen, poder fijar la función que en cada caso desarrolla y una vez fijada, buscar la institución jurídica española que cumpla una función similar. Se operará entonces una equiparación “funcional” a ella, pero reducida a los efectos que se desea que produzca.

V. CASO PRÁCTICO RECAPITULATORIO

El 14 de Abril de 2013, José Carlos Vidal, español con domicilio en Valencia, conoce en su puesto de trabajo, a Sara Anderson, de nacionalidad británica.

Más tarde, el 20 de Julio de 2014 deciden contraer matrimonio civil ante el Juzgado de Familia de Valencia y fijan su residencia habitual en Cullera, Valencia.

Después de unos meses de convivencia y la imposibilidad de tener descendientes, deciden iniciar la adopción de una menor de nacionalidad China, tras conocer la polémica política China del hijo único y, por tanto, la tragedia de nacer niña en China. Por lo que, el 10 de Febrero de 2015 deciden iniciar la adopción de una menor de 3 años llamada Lian Wang, una de las tantas niñas abandonadas en China por la política del “hijo único” mencionada anteriormente.



SOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES DE DIPR AL SIGUIENTE CASO PRÁCTICO

En primer lugar, respecto a la competencia judicial internacional y para responder a la pregunta de si sería competente un Tribunal Español para la constitución de la siguiente adopción, hemos de destacar que según lo que establece Ley de Adopción Internacional, en concreto en su artículo 14, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la constitución de la adopción en dos casos concretos, que son : a) cuando el adoptado sea español o tenga su residencia habitual en España; b) cuando el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España , por tanto , en este supuesto si que será competente para la constitución de la siguiente adopción un Tribunal o Juzgado español, puesto que nos encontramos en la situación b, ya que los adoptantes tienen su residencia habitual en España. Es importante destacar, que este artículo debemos conectarlo con el artículo 16, relativo a la competencia

objetiva y territorial del órgano jurisdiccional, puesto que 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 jurisdicción voluntaria (Juzgados de 1ª instancia donde esté domiciliado el adoptante), o, en su caso, corresponderá al órgano judicial que los adoptantes elijan.

En el supuesto de que la presente adopción se hubiese constituido por un Cónsul, deberíamos traer a colación el artículo 17 de la Ley de Adopción Internacional que establece el supuesto de adopción consular, articulando que, siempre que el Estado local no se oponga a ello ni lo prohíba su legislación, de conformidad con los Tratados internacionales y otras normas internacionales de aplicación, los Cónsules podrán constituir adopciones en el caso de que el adoptante sea Español (como es en este supuesto), el adoptando tenga su residencia habitual en la demarcación consular correspondiente (como también se da en el siguiente supuesto) y no sea necesario la propuesta de la Entidad Pública. Cabe destacar además, que la nacionalidad del adoptante y la residencia habitual de la adoptando se determinarán en el momento de inicio del expediente de adopción.

En segundo lugar, en relación a la ley o derecho aplicable al siguiente supuesto, una vez afirmado que sería competente un Tribunal o Juzgado Español para la constitución de la presente adopción, hemos de destacar que según el artículo 18 de la Ley de Adopción Internacional, la constitución de la adopción por la autoridad competente española se regirá por lo dispuesto en la ley material española en dos supuestos concretos, que son: a) cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción; b) cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España, por lo que en el presente supuesto, si que será aplicable la ley o derecho español debido a que se cumple el requisito del apartado b, consistente en que el adoptando va a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España.

Cabe señalar que el artículo 19 de la Ley de Adopción Internacional establece que la capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción, se regirán por la ley nacional del adoptando y no por la ley sustantiva española en dos supuestos concretos, que son , a) si el adoptando tuviera su residencia habitual fuera de España en el momento de constitución de la adopción (como se da en el presente supuesto) , b) si el adoptando no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española, aunque resida en España. En el supuesto de que el juez español deba acudir a la ley extranjera, esta nunca ha de ser contraria al Orden Público Español.

Por último , en el caso de que el matrimonio haya viajado a China para adoptar a Lian ante una autoridad pública China, dicha sentencia debería cumplir una serie de requisitos para ser reconocida en España, según determina el artículo 25 y siguientes de dicha Ley de Adopción Internacional, que establecen en total, ocho requisitos, algunos de ellos redundantes, los cuales son, en primer lugar, que la adopción haya sido constituida por una autoridad extranjera competente; en segundo lugar, debe llevarse a cabo un control del derecho aplicable respecto de la capacidad y consentimiento del adoptado/adoptando; en tercer lugar, la adopción constituida por autoridad extranjera debe tener los mismos efectos jurídicos que la adopción regulada por el Derecho español; en cuarto lugar, debe producirse una declaración de idoneidad previa por la autoridad española cuando el adoptante sea Español y resida en España; en quinto lugar, ha de darse un consentimiento por la autoridad pública española cuando el adoptando sea español; en sexto lugar, debe llevarse a cabo la autenticidad del documento, es decir, el documento constitutivo de adopción deberá estar traducido, legalizado o apostillado; en séptimo lugar, ha de efectuarse un control sobre la validez sustantiva de la adopción y en octavo y último lugar, la adopción no ha de producir efectos contrarios al Orden Público Español.

Podría darse el caso de que la menor a adoptar fuese de nacionalidad marroquí, en vez de nacionalidad China.

Bien, en este supuesto, estaríamos ante la “kafala” marroquí, que como bien se explicó en el apartado correspondiente a la misma, la “kafala” no tiene una

asimilación plena con las instituciones de Derecho Español, por lo que la ley española sólo ofrece dos posibles soluciones a los ciudadanos que constituyen una “Kafala” en un país islámico: el reconocimiento, sin más pretensiones, a través del artículo 34 de la Ley de Adopción Internacional o la constitución de una nueva adopción en España conforme a la ley española.



VI. CONCLUSIONES

- **PRIMERA.-** La adopción internacional es una medida subsidiaria de protección a la infancia. A través de esta, un niño en situación de desamparo, que no puede ser adoptado o atendido adecuadamente en su país, es adoptado por una familia que reside en el extranjero y se desplaza con ella, para integrarse y vivir en su nuevo hogar y sociedad. El hecho de que sea una medida subsidiaria, consiste en que los niños o adolescentes que tienen su residencia habitual en un país, solo podrán considerarse aptos para la adopción internacional cuando los organismos competentes examinen detenidamente todas las posibilidades de su adopción en el país de origen y constaten que la adopción internacional responde al interés superior del menor.

Cabe destacar que no es la solución para todos los niños pobres o para los niños cuyas familias tienen problemas para cuidarlos y educarlos adecuadamente, sino sólo para aquellos cuyo interés superior exige una solución permanente fuera de su familia, que no ha podido ofrecérsele en su entorno más cercano.

- **SEGUNDA.-** La adopción internacional fue un fenómeno frecuente durante varios años, puesto que hubo un aumento de adopciones constituidas en el extranjero, y esto, supuso un desafío jurídico de grandes proporciones para el legislador, el cual, tuvo que facilitarnos instrumentos normativos precisos para que las adopciones tuviesen lugar con las máximas garantías y respeto a los intereses de los menores a adoptar, aunque, cabe destacar que en los últimos años, estas adopciones internacionales han experimentado un importante descenso debido a diversos motivos, como son, por ejemplo, la prolongación de los tiempos de espera, las reformas de varios países sobre su legislación para limitar el perfil de los adoptantes, la limitación o suspensión de la administración española en cuanto a la tramitación de la adopción con algunos países, lo costoso que puede llegar a resultar una adopción

internacional, e incluso el hecho de que España prohíba adoptar hasta en 45 países en que sí pueden hacerlo otros países europeos.

- **TERCERA.-** La filiación natural y la filiación adoptiva tienen el mismo tratamiento jurídico, puesto que la Constitución de 1978 establece claramente el principio de igualdad entre todos los hijos, consagrado en el artículo 32 de la Constitución Española; además, el artículo 108 del Código Civil equipara ambas filiaciones. Por tanto, todas las formas de filiación, tanto natural como adoptiva, producen los mismos efectos y por ello, los hijos adoptivos tienen los mismos derechos que los que gozan los hijos naturales, entre los que podemos contemplar el derecho a los apellidos, el derecho a la patria potestad, el derecho a los alimentos, y el derecho sucesorio. No obstante, que tengan los mismos derechos desde el punto de vista sustantivo no quiere decir que desde el Derecho Internacional Privado tengan la misma solución a los problemas clásicos planteados en este ámbito.

- **CUARTA.-** En la adopción internacional se dan problemas, pero estos problemas tienen respuesta concreta en las normas o leyes aplicables. En primer lugar, podemos observar la Ley de Adopción Internacional, la cual fue muy importante puesto que, el régimen anterior a esta ley, relativo a la adopción internacional, presentaba deficiencias dado al incremento de estas adopciones internacionales, y, hasta la entrada en vigor de dicha ley, había una gran dispersión normativa en esta materia, y, por tanto, había una urgente necesidad de conseguir una legislación propicia, completa y uniforme de las cuestiones de Derecho Internacional Privado que atañen a todo proceso de adopción internacional. En ella podemos encontrar las soluciones a las cuestiones de derecho internacional privado, siendo estas la competencia judicial internacional, la ley o derecho aplicable y el reconocimiento y ejecución de sentencias del extranjero.

En segundo lugar, nos encontramos con el Reglamento de Adopción Internacional, en el que se desarrollan aquellos aspectos que, de acuerdo con lo previsto en la LAI, requerían un desarrollo reglamentario para el

correcto ejercicio de las nuevas competencias conferidas a la Administración General del Estado, al tiempo que se añadieron también otras cuestiones consideradas relevantes para una mayor seguridad jurídica, por consiguiente, lo que pretende es unificar los criterios de estos procesos, así como agilizarlos y aportar mayor seguridad jurídica a las familias adoptantes y a los menores adoptados; la idea es evitar que se acumulen expedientes y adecuar las necesidades de los menores a los ofrecimientos de las familias adoptantes.

- **QUINTA.-** Para que las adopciones constituidas por autoridades extranjeras sean reconocidas en España, se han de dar una serie de requisitos. Por un lado, es de vital importancia destacar que la adopción ha de ser inscrita en el Registro Civil para finalizar el proceso, y de este modo darle validez y eficacia, ya que de lo contrario, a los efectos del Ordenamiento Jurídico, esa adopción no existirá.

Por otro lado, hemos de recalcar que los efectos de las adopciones constituidas en el extranjero han de producir los mismos efectos que las adopciones constituidas en España; en caso de que no haya correspondencia, será porque es contraria al Orden Público, y, las adopciones no han de producir efectos contrarios al Orden Público.

- **SEXTA.-** La “Kafala” es una institución muy compleja que tiene un marcado carácter multifuncional, y que cuenta con un poderoso componente religioso. Todo ello hace que se resista a toda tentativa de asimilación plena, con las instituciones de Derecho español, complicando la tarea de Derecho Internacional Privado de asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas en situaciones transfronterizas. La sustitución integral de la “Kafala” por una medida de protección del menor propia de nuestro sistema y en especial, por la adopción, acogimiento o tutela, desencadena una metamorfosis artificial de aquella.

VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Ortega Giménez, Alfonso “ Nueva Ley de Adopción Internacional: cuestiones de Derecho Internacional Privado” *en Revista Economist & Jurist*, número 201, Difusión Jurídica, Barcelona, junio, 2016.

Ortega Giménez, Alfonso y Castellanos Cabezuelo, Ángela María “Aplicación práctica del Nuevo Reglamento de adopción internacional”, *en revista Economist & Jurist*, Difusión Jurídica, junio, 2019.

Ortega Giménez, Alfonso y Heredia Sánchez, Lerdys. S “ Materiales de Derecho Internacional Privado para el grado en Derecho” , Ed. Difusión Jurídica, Madrid, Julio, 2018.

Sanz-Diez de Ulzurrun Escoriaza, Jaime “La filiación: contenido y determinación”, Madrid, España, marzo, 2006. Disponible en <https://www2.uned.es>

Berdí Mayayo, Inma, Trabajo Fin de Grado: “La adopción internacional”, Universitat Abat Oliba CEU, Barcelona, España, 2007.

Alzate Monroy, Patricia: “Sobre la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional en España”, Am abogados, Zaragoza, España, enero, 2008. Publicado en Boletín Nº 182 de los Colegios de Abogados de Aragón (IV época, enero de 2008). Disponible en <https://www.am-abogados.com>

VV.AA., Guía jurídica, “La filiación desde el punto de vista jurídico”, Wolters Kluwer, España, febrero, 2018. Disponible en <https://www.guiasjuridicas.wolterskluwer.es> -

Gómez Bengoechea, Blanca: “¿Por qué cada vez hay menos adopciones internacionales?”, *Las Provincias*, Madrid, España, enero, 2019. Disponible en <https://www.lasprovincias.es>

Terrasa, Rodrigo: “El laberinto de la adopción”, *El Mundo*, Valencia, España, mayo, 2014. Disponible en <https://www.elmundo.com>

Alberdi, Olatz: “Reglamento de adopción internacional: mayor flexibilidad y seguridad jurídica”, *Diario Jurídico*, Madrid, España, mayo, 2019. Disponible en <https://www.diariojuridico.com>

VV.AA., “Tipos de filiación en el Código Civil: por naturaleza y adopción”. Iberley, Madrid, España. Disponible en <https://www.iberley.es>

VV.AA., “Filiación natural y adoptiva”, Studocu, Universidad de Córdoba, España, 2016. Disponible en <https://www.studocu.com>

VV.AA., “Solicitud de conversión de adopción constituida en Guatemala en adopción plena”. (25-05-2001). Global economist & jurist, Barcelona, España, mayo, 2001. Disponible en <https://globla.economistjurist.es>

Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007). Boletín Oficial del Estado, Madrid, España.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE núm. 206 de 25 julio 1889) (Normas básicas. Marginal: 3716) Boletín Oficial del Estado, Madrid, España.

Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción internacional (BOE núm. 81, de 4 de abril de 2019) . Boletín Oficial del Estado.

Ley Orgánica del Poder Judicial (BOE N°157 de 2 julio 1985; corr.err. BOE n° 264 de 4 noviembre de 1985) en redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE N°174 de 22 julio 2015).

Calvo, Flora, “¿Cuándo son competentes nuestros tribunales para conocer de medidas paterno-filiales sobre un menor en el extranjero?”, Winkels Abogados, Madrid, España, enero, 2018. Disponible en <https://www.conflegal.com>

Ortega Giménez, Alfonso “La Kafala de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 3, España, agosto, 2015.

Diago Diago, M^a del Pilar, “La Kafala islámica en España”, en revista *Bitácora Millenium DIPr especializada en Derecho Internacional Privado*, Universidad Zaragoza, Febrero, 2010. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com/>

Fernández Rozas, José Carlos, “La Kafala no tiene una correspondencia en nuestro Derecho con los vínculos de filiación que, a través del divorcio, puede conllevar la constitución de relaciones paterno-filiales (SAP Alicante 16 octubre 2019)”, en el Blog de Fernández Rozas, España, abril, 2020. Disponible en <https://www.fernandezrozas.com>



VIII. ENLACES WEB CONSULTADOS

Diario Las provincias ⁹⁸

<https://www.lasprovincias.es>

Boletín Oficial del Estado ⁹⁹

<https://www.boe.es>

Diario El Mundo ¹⁰⁰

<https://www.elmundo.com>

Diario Jurídico ¹⁰¹

<https://www.diariojuridico.com>

Iberley ¹⁰²

<https://www.iberley.es>



Studocu ¹⁰³

<https://www.studocu.com>

Revista jurídica Economist & Jurist ¹⁰⁴

<https://globla.economistjurist.es>

⁹⁸ Enlace web consultado a fecha 25/02/2020

⁹⁹ Enlace web consultado a fecha 27/02/2020

¹⁰⁰ Enlace web consultado a fecha 26/02/2020

¹⁰¹ Enlace web consultado a fecha 27/02/2020

¹⁰² Enlace web consultado a fecha 03/03/2020

¹⁰³ Enlace web consultado a fecha 04/03/2020

¹⁰⁴ Enlace web consultado a fecha 15/03/2020

AM abogados ¹⁰⁵

<https://www.am-abogados.com>

Guías Jurídicas ¹⁰⁶

<https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

Universidad Nacional de Educación a Distancia ¹⁰⁷

<https://www2.uned.es>

Confilegal ¹⁰⁸

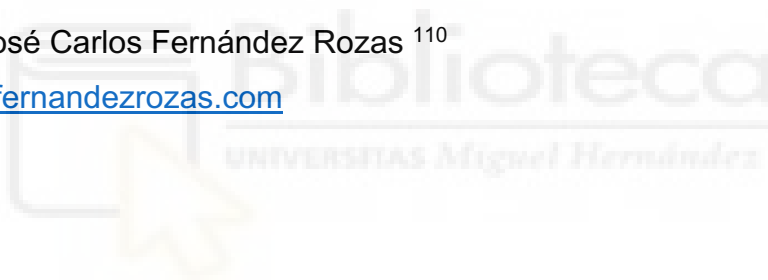
<https://www.confilegal.com>

Bitácora Millenium DIPr ¹⁰⁹

<http://www.millenniumdipr.com/>

El Blog de José Carlos Fernández Rozas ¹¹⁰

<https://www.fernandezrozas.com>



¹⁰⁵ Enlace web consultado a fecha 05/04/2020

¹⁰⁶ Enlace web consultado a fecha 08/04/2020

¹⁰⁷ Enlace web consultado a fecha 14/04/2020

¹⁰⁸ Enlace web consultado a fecha 20/04/2020

¹⁰⁹ Enlace web consultado a fecha 23/04/2020

¹¹⁰ Enlace web consultado a fecha 25/04/2020