

LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y OTRAS FORMAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR

Nuria Marchal Escalona*

Versión Pre-printPublicado en *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, en AA.VV., M.^aC. García Garnica y N. Marchal Escalona, (Dirs.) y A. Quesada Páez y G. Moreno Cordero, (Coords.), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 703-734.

* El presente trabajo se enmarca en Proyecto I+D+I DER2016-75573-R: “Movilidad internacional de personas: el impacto jurídico-social en España y en la UE de la adquisición de la nacionalidad española por la población inmigrante”, concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de España

LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y OTRAS FORMAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR*

NURIA MARCHAL ESCALONA

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Granada*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL DERECHO ISLÁMICO: ESPECIAL REFERENCIA A LA *KAFALA* MARROQUÍ. 1. Introducción. 2. Problemas de reconocimiento de la *kafala* marroquí. III. LA CONFIGURACIÓN DE LA ADOPCIÓN EN DERECHO COMPARADO. IV. LOS PROBLEMAS DE RECONOCIMIENTO DE LAS ADOPCIONES CONSTITUIDAS ANTE AUTORIDAD EXTRANJERA EN ESPAÑA. 1. Introducción. 2. El reconocimiento en España de las adopciones constituidas en el extranjero al amparo del Convenio de La Haya. 3. Convenios bilaterales de reconocimiento y Protocolos de adopción. 4. El reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero al amparo de la normativa autónoma. A. Introducción. B. Condiciones para el reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero *ex art.* 26 LAI. C. Condiciones para el reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero *ex arts.* 30-31 LAI. D. De las condiciones de reconocimiento aplicables. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Si hay una institución destinada a la protección del menor esa es, sin duda alguna, la adopción¹. Durante muchos años, el número de adopciones internacionales y,

* E-mail: nmarchal@ugr.es. Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D, “Movilidad internacional de personas. El impacto jurídico-social en España y en la UE de la adquisición de la nacionalidad española por la población inmigrante” (DER2016-75573R DER2016-78139-R), concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (IP. M. Moya Escudero, Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada).

¹ La adopción debe ser el último mecanismo al que se recurra para proteger al menor (principio de subsidiariedad). Antes de acudir a esta medida de protección, hay que priorizar aquellas otras que

en concreto, las “transnacionales”, es decir, aquellas en la que el menor es desplazado desde un Estado (Estado de origen) a otro (Estado de recepción) después de ser adoptado en el Estado de origen o con la finalidad de serlo en el de recepción, aumentaron de forma espectacular en nuestro país². No obstante, en los últimos tiempos estamos asistiendo a un viraje significativo. El número de adopciones transnacionales que se registran en la actualidad han descendido un 90 % en la última década. De hecho, la caída es tan fuerte que, por vez primera, estas están por debajo de las adopciones nacionales³. Este desplome constituye una tendencia global⁴. Los factores que han motivado este drástico descenso son varios. El primero, debido al gran coste económico que supone iniciar y tramitar un proceso de adopción transnacional. El segundo, motivado por el tiempo que transcurre desde que se inicia el proceso adoptivo hasta que la adopción se constituye –que puede ser de seis o de ocho años–. A ello hay que sumar que, en las últimas décadas, ha cambiado el perfil de los menores que son dados en adopción. Son niños que presentan alguna discapacidad o patología, grupos de hermanos etc. Esta circunstancia junto a la aparición y a la proliferación de los supuestos de “maternidad subrogada” explica el exponencial descenso de las adopciones transnacionales⁵.

A este descenso contribuye, igualmente, la complejidad que es inherente a esta medida de protección⁶, que se regula de forma diversa en Derecho comparado. Así, un

mantengan al menor dentro de su “entorno habitual”. Solo debe recurrirse a la adopción cuando la permanencia del menor en la propia familia no sea lo más beneficioso para él. Sobre este principio, *vid.* Jayme, E., “Cours général de droit international privé”, *Rec.des.C.*, 1993, pp. 1-267, en esp. p. 185 ss; Calzadilla Medina, M.A., *La adopción internacional en el Derecho español*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 53-54.

² Esta es la definición que adopta el art. 1.2º de la Ley 54/2007, de adopción internacional –en adelante LAI– (*BOE* núm. 312, de 29 de diciembre de 2007) modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia –en adelante Ley 26/2015– (*BOE* núm. 180 29 de julio de 2015). Para una visión crítica de dicho precepto, *vid.* Durán Ayago, A., “Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional”, *AEDIPr.*, t. XVI, 2016, p. 439.

³ Disponible en http://cadenaser.com/ser/2018/02/07/sociedad/1518003233_379795.html

⁴ Selman, P., “Tendencias globales en adopción internacional: ¿en el “interés superior de la infancia”?”, *Scripta nova.Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. XVI, núm. 395 (21), 15 de marzo de 2012, <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-395/sn-395-21.htm>.

⁵ La gestación por sustitución constituye una técnica de reproducción humana asistida que suscita encontrados y enconados debates éticos, morales, médicos, filosóficos, económicos y jurídicos (Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J., “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 7, 2015, pp. 45-103.

⁶ Y ello, porque para que se constituya válidamente una adopción transfronteriza han de cumplirse una serie de trámites tanto en el Estado de recepción como en el de origen del menor, que no solo entorpecen, sino que, en ocasiones, impiden la válida constitución de la adopción. Sin embargo, son trámites totalmente necesarios, puesto que constituyen la vía para asegurar la “protección” del menor y prevenir el tráfico ilícito de menores. En concreto, en todo proceso de adopción transnacional se pueden distinguir tres fases. La primera, es la fase administrativa. Esta se desarrolla en nuestro país, y su tramitación puede variar de una Comunidad Autónoma a otra. De hecho, el Gobierno está trabajando en la aprobación de un Reglamento de adopción internacional cuyo objetivo es la unificación de criterios y procedimientos entre Comunidades autónomas, lo que permitirá establecer una base de datos y una lista de espera únicas a nivel estatal, frente al sistema actual en el que los organismos acreditados de adopción se ven circunscritos a diferentes legislaciones autonómicas (<https://www.lavanguardia.com/vida/20180228/441152435036/gobierno-y-ccaa-abordan-manana-el-reglamento-de-adopciones-internacionales.html>). La segunda fase, tiene lugar en el país de origen del menor, país donde se constituye la adopción por parte de la autoridad competente. Y, la última y tercera fase, se inicia con la solicitud de reconocimiento en España de dicha adopción constituida en el extranjero

análisis del Derecho comparado evidencia que no todos los Estados contemplan y regulan la adopción como medida y forma de protección del menor. Así, por ejemplo, los países islámicos desconocen, salvo excepciones, esta institución⁷. Ahora bien, el hecho que en estos países no se contemple la adopción como medida de protección del menor, no significa que no existan otras modalidades de protección del mismo. De hecho, la máxima medida de protección de la que puede gozar un menor en tales países, y que substituye a la adopción del mundo occidental, se conoce con el nombre de *kafala*⁸.

En último lugar, es preciso mencionar los problemas que pueden afectar a la adopción transnacional después de su constitución. Estos pueden aparecer, incluso, después de que la adopción sea reconocida por las autoridades españolas. Y es que, en algunos casos, los menores adoptados manifiestan problemas de salud que se desconocían en el momento de constituirse aquella, como así ha ocurrido en Cataluña donde se han confirmado casos de menores procedentes de Rusia y países del Este que padecen el síndrome de alcoholismo fetal (SAF), una enfermedad crónica con consecuencias importantes⁹. Mientras que, en otros supuestos, pueden surgir problemas de adaptación del menor que pueden provocar, incluso, el fracaso del proceso adoptivo. De hecho, en las adopciones transnacionales existe un mayor riesgo de inadaptación del menor y, por ende, del fracaso de la adopción, en la medida en que el/os adoptante/s y el/os adoptado/s pertenecen, en la mayoría de las ocasiones, a culturas diferentes¹⁰. Las adopciones transnacionales que fracasan suponen un fenómeno cada vez más frecuente, aunque es escasa la información oficial que existe sobre las mismas, puesto que el fracaso no se da en el primer año de convivencia ni cuando los niños son pequeños. Ocurre cuando ya ha transcurrido un tiempo y, sobre todo, cuando los hijos llegan a la pubertad y a la adolescencia¹¹, casos en los que la Administración se ve obligada a asumir la tutela de tales menores¹².

No obstante, sin duda alguna, uno de los factores más determinantes en la caída del número de adopciones transnacionales que se constituyen ha sido, a nuestro juicio, las restricciones jurídicas impuestas a las mismas tanto en la normativa española –con la inclusión de la “cláusula chadiana” (art. 4 LAI¹³)– como en los países de origen de los menores; países cuyas políticas de protección de la infancia han sufrido un cambio

ante la autoridad española competente –judicial o registral–. Para que una adopción transnacional pueda producir efectos jurídicos en España, esta debe ser reconocida por las autoridades españolas. No toda adopción constituida en el extranjero es reconocida en nuestro país.

⁷ Marchal Escalona, N., “Reconnaissance et efficacité de la kafala marocaine dans l’ordre juridique espagnol”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 104, enero-marzo, 2015, pp. 89-113.

⁸ Sobre las distintas acepciones de la institución Zekrí, H., “La *kafala* en el Derecho marroquí”, en AA. VV.: *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Unidad de ejecución Proyecto ADL (coord.), Madrid, FIIAPP, 2009, pp. 12-14.

⁹ <https://www.elmundo.es/cronica/2017/04/23/58fb2fec22601d74308b45c5.html>.

¹⁰ Así, por ejemplo, el pasado agosto trascendió la noticia del abandono de una niña de origen indio por parte de sus padres adoptivos (<https://medium.com/@carrmen.alemany/adopciones-fallidas-una-realidad-silenciada-3f86816fe97d>).

¹¹ Sobre los motivos del fracaso de las adopciones internacionales, *vid.* Ger Martos, M., Sebastián Delgado, J., *Adopciones fracasadas*, en *La adopción: situación y desafíos de futuro*, CCS, Alcalá, 2005, pp. 136-147.

¹² Marchal Escalona, N., “Disolución de la adopción internacional en Derecho internacional privado español”, *AEDIPr.*, 2008, pp. 97-128.

¹³ Para un análisis de dicho precepto, *vid.* Herranz Bastллерos, M., “Prohibiciones y limitaciones del artículo 4 de la Ley 54/2007: entre los objetivos de la norma y la realidad en su aplicación”, *Cuadernos de Derecho internacional*, vol. 3, 2011, pp. 195-203.

radical. Ahora, son mucho más garantistas y más protectoras. De hecho, hay Estados que han prohibido la constitución de adopciones a ciudadanos extranjeros, para así evitar los abusos cometidos durante décadas, como así ha sucedido en Etiopía¹⁴.

El presente trabajo tiene por objeto evidenciar las diferentes medidas de protección del menor que existen en Derecho comparado para proteger al menor, lo que nos servirá para entender el recelo que muestran las autoridades españolas a la hora de reconocer aquellas que son constituidas en el extranjero y son “desconocidas” en Derecho español, como así sucede con la *kafala* islámica y, en concreto, la *kafala* marroquí, o se configuran de forma diversa, como ocurre, por ejemplo, con las adopciones constituidas en el extranjero que son “simples o semiplenas”, así como aquellas que son revocables.

II. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL DERECHO ISLÁMICO: ESPECIAL REFERENCIA A LA *KAFALA* MARROQUÍ

1. INTRODUCCIÓN

La *kafala* constituye la máxima medida de protección de la que puede gozar un menor los países islámicos y substituye a la adopción del mundo occidental¹⁵. Se puede definir como aquella en virtud de la cual el *kafil* (titular de la *kafala*) adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente del cuidado, de la educación y de la protección del menor (*makful*) de la misma manera que un padre lo haría para con su hijo (Ley marroquí nº 15-01 relativa a la *kafala* de los menores abandonados). No se trata sólo de mantener y cuidar a un menor, sino también de educarlo en la fe musulmana. De ahí, la exigencia de que los *kafiles* sean musulmanes o, en su caso, de que se conviertan¹⁶.

Ahora bien, es preciso distinguir la existencia en Marruecos de dos clases o tipos de *kafala*. Por una parte, está la llamada “*kafala* intra-familiar/notarial”, denominada así porque el cuidado del menor lo confieren los propios padres biológicos a un miembro de la familia e, incluso, se realiza de padres a madres o viceversa, aunque, también ha habido casos en los que se ha entregado a un tercero ajeno al núcleo familiar. Este tipo de *kafala* hay que distinguirla y diferenciarla de la *kafala* que se constituye sobre un menor que es declarado abandonado. Dicha declaración procede cuando el menor sea hijo de padres desconocidos o cuando su padre sea desconocido y su madre lo haya abandonado voluntariamente, el menor sea huérfano o sus padres no puedan hacerse cargo de él o no asuman sus deberes de protección. De forma que, la *kafala* se constituye previa declaración de desamparo del menor por parte de los Tribunales marroquíes en un proceso judicial en el podrá otorgarse al *kafil* la tutela dativa o representación legal del menor, aunque también es posible que al *kafil* solo le sean conferidas las facultades propias de su cargo (alimentos, protección y educación del menor) y que sea otra la persona designada para representar al menor.

¹⁴ <https://www.europapress.es/epsocial/infancia/noticia-etiofia-prohibe-definitivamente-adopciones-internacionales-ninos-pais-20180110150929.html>.

¹⁵ Quiñonez Escámez, A., “Protección del menor venido a España en *kafala*: acogimiento con tutela dativa y, en su caso, adopción”, en AA. VV.: *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Unidad de ejecución Proyecto ADL (coord.), Madrid, FIIAPP, 2009, p.189.

¹⁶ Diago Diago, P., “La *kafala* islámica”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 2, 2010 pp. 140-164.

2. PROBLEMAS DE RECONOCIMIENTO DE LA *KAFALA* MARROQUÍ

El principal problema que presenta esa medida de protección en nuestro país es la de su reconocimiento¹⁷. Dicho reconocimiento es preciso para que el menor pueda ser documentado y entrar legalmente a España¹⁸, para que dicha medida acceda al Registro Civil español correspondiente, para que le sea concedida la nacionalidad española al menor venido a España al amparo de esta medida de protección o, incluso, para conceder a dicho menor o al *kafil* una determinada prestación social¹⁹.

Son, por tanto, diversas y diferentes las autoridades españolas ante las cuales se puede invocar en España la eficacia de una *kafala* marroquí y, como expusimos en su día, el cómo se reconoce y los efectos que despliega esta medida de protección en España son diversos, según cuál sea el régimen jurídico aplicable al mismo, el efecto que se persiga (probatorio, registral, constitutivo)²⁰, así como autoridad ante la cual se pretenda obtener su eficacia.

No siempre es necesario la tramitación de un procedimiento de *execuátur* para que una *kafala* marroquí despliegue efectos en nuestro país. Es posible que la misma sea utilizada en España con valor simplemente probatorio, en cuyo caso será tratada como un simple documento público, exigiéndosele sin más el cumplimiento de los requisitos a los que los arts. 144 y 323.2º Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC²¹) condiciona la eficacia probatoria en juicio de los documentos públicos extranjeros (en concreto, traducción –que, de conformidad con el art. 144 LEC “podrá ser hecha privadamente – y legalización).

Cuando lo que se pretende es el efecto registral o constitutivo, puede resultar de aplicación o los convenios en los que España sea parte y, en su defecto, la normativa estatal. España es parte tanto del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (en adelante CLH 1996), como del Convenio bilateral hispano-marroquí, relativo a la cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, realizado el 30 de mayo de 1997 en Madrid²². Dicha concurrencia normativa debe resolverse atendiendo al principio del *favor recognitionis*, es decir, debería de aplicarse el régimen más beneficioso y ventajoso²³.

¹⁷ Sobre la misma, *vid.* <http://www.plataformamillennium.com/e-68-5-n%C2%BA-2-denegacion-de-constitucion-de-kafala-por-parte-de-extranjeros-que-no-residen-habitualmente-en-marruecos-circular-n%C2%BA-40-s-2-reino-de-marruecos>.

¹⁸ *Vid.* Rodríguez Benot, A., “Eficacia de la *kafala* ante el ordenamiento español”, en AA.VV.: *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Unidad de ejecución Proyecto ADL (coord.), Madrid, 2009, pp. 123-152.

¹⁹ Según la Sent. del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 enero 2008 (*TOL* 1.301.714), confirmada por el Auto dictado por el Tribunal Supremo el 10 de febrero de 2009 (*TOL* 3.333.836), un menor venido a España en régimen de *kafala* tiene derecho a una pensión de orfandad.

²⁰ Marchal Escalona, N., “Problemas actuales de reconocimiento de la *kafala* marroquí ante autoridades españolas”, en AA.VV.: *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes*, (Moya Escudero, M., dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 145-154.

²¹ *BOE* núm. 7, de 8 de enero de 2000; corr.err. *BOE* núm. 90, de 14 de abril de 2000 y *BOE* núm. 180, de 28 de julio de 2001.

²² *BOE* núm.151, de 25 de junio de 1997.

²³ Marchal Escalona, N., “Problemas actuales de reconocimiento...”, *loc.cit.*, en *op.cit.*, p. 150..

Respecto de la vía procedimental a utilizar para obtener el reconocimiento en España de una *kafala* marroquí comprendida en el ámbito de aplicación del Convenio CLH 1996, hay que decir que el criterio general que contempla dicha norma es el reconocimiento automático, de pleno derecho, sin necesidad de procedimiento especial (art. 23). Conviene insistir en que dicho reconocimiento no equivale a eficacia *ipso iure* e incondicional, pues para obtenerlo habrán de cumplirse las condiciones estipuladas en art. 23.2º. Ahora bien, el CLH 1996 no determina los efectos con los que una *kafala* marroquí podrá ser reconocida en España. Ni siquiera el Informe del Convenio, elaborado por P. Largarde, aporta luces al respecto. No sabemos, por tanto, si el Convenio sigue la teoría de la extensión, de la equiparación de efectos o de si esta cuestión depende de lo establecido en la ley (o leyes) a la/s que conduzca el Derecho internacional privado de cada Estado. A falta de regulación específica, cabe entender, con carácter general, que el CHL 1996 acoge la teoría de la extensión de efectos. De forma que, una vez que esta medida de protección sea reconocida en España, esta pasará a desplegar el efecto solicitado (sea registral, constitutivo o cosa juzgada) con el contenido fijado por el Derecho marroquí. Mención especial merece la aplicabilidad en este contexto del art. 15.3º del CLH 1996 relativo a las condiciones de aplicación de aquellas medidas de protección declaradas en el Estado de origen y que subsisten en el Estado cuando existe un cambio de residencia del menor. Tales condiciones se regularan, según este precepto, a partir de dicho momento por la ley del Estado de la nueva residencia habitual. Así, por ejemplo, si la *kafala* marroquí atribuye la representación del menor al *kafil*, será la ley española, como ley de la nueva residencia del menor, la que establezca los límites y las condiciones para su ejercicio. Por su parte, el Convenio bilateral hispano-marroquí contempla tanto el reconocimiento automático como el *execuátur* como vías de atribución de eficacia. Utilizar una u otra vía depende del efecto que se pretenda con el reconocimiento. Si lo que se pretende es el efecto registral/constitutivo la resolución judicial en cuya virtud se haya constituido la *kafala* deberá de obtener el correspondiente *execuátur* (art. 25 Convenio hispano-marroquí); mientras que si lo que se pretende es el efecto constitutivo o de cosa juzgada podrá obtenerlo a través del reconocimiento automático. En cualquier caso, una vez que la *kafala* marroquí fuera reconocida en España por cumplir los requisitos establecidos en el Convenio, esta desplegará, o al menos debería desplegar, en España los mismos efectos que les atribuye el Derecho marroquí (teoría de la extensión de efectos), dado que así se establece en el propio Convenio.

En el ámbito autónomo, aplicable en defecto de instrumento internacional aplicable, el art. 34 LAI regula no solo los efectos con los que se ha a reconocer una *kafala* marroquí, sino que, además, enumera los requisitos que habrá de cumplir para que esta sea reconocida en España²⁴.

Por lo que a los efectos se refiere, el art. 34 L.A. dispone que:

“las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que según la ley de su constitución no determinen ningún vínculo de filiación —como así sucede con la kafala marroquí— se equiparán al

²⁴ Marchal Escalona, N., “Problemas actuales de reconocimiento de la *kafala* marroquí ante autoridades españolas”, en AA.VV.: *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes*, (Moya Escudero, M., dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp, 145-154.

acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela regulados en el Derecho español”.

Dos aspectos merecen ser destacados de este precepto. El primero es de carácter negativo al consagrar legalmente la doctrina que la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) mantiene sobre el reconocimiento de la *kafala* en España, y que ha sido recogida en diversas Resoluciones y, fundamentalmente, en la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006²⁵. Para esta Resolución, la *kafala* debe ser equiparada al acogimiento familiar, tal y como se regula en el Derecho español. Esta práctica “nacionalizadora” debe ser objeto de crítica, en primer lugar, porque la equiparación de instituciones no es, ni puede ser real, dada la dificultad de asimilar esta medida de protección a cualquiera de las medidas de protección reguladas de nuestro Derecho²⁶. La *kafala* marroquí conlleva unos efectos que no se corresponden plenamente ni con la adopción ni con la tutela ni con el acogimiento familiar, ni con cualquiera otra medida de protección reconocida en Derecho de Familia español. Y, en segundo lugar, porque, como hemos visto, en Marruecos no hay sólo un tipo de *kafala*, lo que, sin duda alguna, complica aún más la asimilación de la *kafala* con instituciones propias del Derecho español. Por lo que, desde nuestro punto de vista, la *kafala* marroquí debería ser reconocida en España con los efectos que le son propios en Derecho marroquí, como así sucede en nuestra legislación con las adopciones simples o menos plenas (art. 30.1º L.A.). Cualquier otra propuesta, supone desnaturalizar la institución extranjera y, por tanto, no respetar lo establecido en el Derecho marroquí.

No obstante, el art. 34 L.A., a diferencia de la citada Resolución, supera la visión que la DGRN mantiene de la *kafala* al permitir que esta pueda ser reconocida en España no solo como acogimiento, sino también como tutela; una medida que, en determinados casos, puede ser más beneficiosa para el menor que aquella. De hecho, el “*favor minoris*” que, a nuestro juicio, debe guiar e inspirar esta materia aconseja que la *kafala* sea reconocida en España, siempre que ello redunde en beneficio del menor, como tutela en lugar de acogimiento familiar, pues nadie discute que la tutela confiere al tutor la “representación legal del menor”²⁷.

Con todo, para que una *kafala* marroquí sea reconocida en España como “tutela o acogimiento” esta ha de cumplir los requisitos que el art. 34 L.A. establece²⁸. En primer término, para que una *kafala* marroquí sea reconocida se requiere que los efectos sustanciales de esta medida de protección sean equivalentes a los del acogimiento familiar o, en su caso, a los de una tutela, prevista por la ley española. El control que este precepto impone en relación con los efectos que ha de cumplir la *kafala* marroquí no responde a parámetros de “identidad absoluta”, sino de “equivalencia”, por lo que para que el reconocimiento se produzca será suficiente que aquella tenga sustancialmente los mismos efectos, aunque no sean idénticos. Por tanto, a efectos de que una *kafala* marroquí sea reconocida en España como tutela o acogimiento la correspondencia de efectos no debe ser absoluta o total, pero sí equivalente. Esta

²⁵ BOE núm. 207, de 30 de agosto de 2007.

²⁶ Para un análisis de las instituciones a las que puede asimilarse la *kafala* véase P. Diago Diago, “La *kafala* islámica...”, *loc.cit.*, p. 158.

²⁷ Cierta jurisprudencia española parece tener claro esta opción, tal y como se deduce del Auto la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), de 28 de marzo de 2006.

²⁸ Para una crítica sobre las condiciones que establece este precepto véase J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, *op.cit.*, p. 386.

exigencia sigue y está en perfecta sintonía con la doctrina aplicada –y requerida desde hace años– por la DGRN.

En segundo lugar, se exige asimismo el control de la competencia de la autoridad extranjera (judicial o administrativa), garantizando una conexión razonable relativa al origen, antecedentes familiares o de otra índole, como señala el párrafo segundo del art. 34.1º de la Ley. Atendiendo a esta condición solo serán reconocidas aquellas *kafalas* constituidas por autoridades marroquíes competentes, excluyendo el reconocimiento en caso de competencias exorbitantes. La regla es, en principio, razonable. Lo que es criticable es el control que se impone de los foros de competencia previstos en la ley de origen. Si la *kafala* se considera válida y eficaz en Marruecos, no tiene sentido que exista dicho control. Más que efectuar ese doble control de las normas de competencia marroquíes, lo que debe hacerse es la ponderación de la razonabilidad de tales normas

En tercer lugar, el art. 34.1.3º L.A. requiere un control de ley aplicada. Las autoridades españolas en aplicación de este precepto deberán verificar cuál ha sido la ley aplicable en la constitución de la *kafala* marroquí y, en concreto, si se esta se ajusta a la ley o leyes designadas por las normas de conflicto marroquíes. Esta previsión, como así han manifestado J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, resulta igualmente criticable, pues establece la necesidad de controlar que se haya respetado la ley aplicable a la constitución de la *kafala*, no conforme a las normas de conflicto españolas, que sería el típico control de la ley aplicable, sino a las normas de conflicto del sistema marroquí²⁹. Desde nuestro punto de vista, no es competencia de las autoridades españolas valorar si la autoridad marroquí ha aplicado o no correctamente su normativa conflictual. Al igual que en competencia, lo que importa es que la *kafala* haya sido constituida válida y eficazmente en Marruecos.

Por último, se exige, además, que el documento en el que conste la *kafala* reúna los requisitos pertinentes de regularidad formal, esto es, el documento deberá ser oportunamente legalizado, dado que Marruecos no forma parte del Convenio de La Haya suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros de 5 de octubre de 1961³⁰ y traducido (art. 34.1.4º). En cualquier caso, no se procederá al reconocimiento de la misma si produce efectos manifiestamente contrarios al “orden público español” (art. 34.2º). Es importante dejar sentado que, en ningún caso, la *kafala* marroquí constituye una institución extranjera que suscite un problema de “orden público internacional” en nuestro país³¹.

Cuestión distinta es la de saber los efectos que esta institución desplegará en España. Como en su día evidenciamos, la eficacia en España de la *kafala* marroquí, como institución desconocida que es en Derecho español, no está siendo objeto de un tratamiento unívoco por las diferentes autoridades españolas que han de atribuir consecuencias jurídicas al hecho de que un menor esté sometido a una *kafala* marroquí. En efecto, por una parte, en el ámbito del Derecho de extranjería esta medida de protección es equiparada, en ciertos supuestos, a la tutela y, en otros, es considerada como equivalente a una mera delegación de la responsabilidad parental, dependiendo de que estemos en presencia de una *kafala* de tipo judicial o notarial. Por su parte, las

²⁹ *Id.*, *Derecho internacional...*, *op.cit.*, p. 387.

³⁰ *BOE* núm. 229, de 25 de septiembre de 1978.

³¹ A. Quiñones Escámez, “Protección del menor...”, *loc.cit.*, *en op.cit.*, p. 161.

autoridades registrales asimilan la *kafala* a un acogimiento familiar, tal y como se regula en Derecho español; mientras que en algunos pronunciamientos judiciales la han llegado a equiparar a la tutela, incluso, a la custodia. En el ámbito de la Seguridad Social, a efectos de conceder una pensión de orfandad, las autoridades españolas consideran a la *kafala* marroquí como equivalente a la filiación adoptiva; mientras que si lo que se solicita es el derecho a reconocer una prestación por maternidad/paternidad es equiparada al acogimiento familiar, como así lo hace la Administración española a efectos de conceder determinadas subvenciones. En definitiva, parece ser que la *kafala* marroquí es reconocida en España bien con los efectos que la misma despliega en Derecho marroquí (Derecho de extranjería), en otros, con los propios de la institución española en la que se nacionalizan (ámbito registral y Derecho de la nacionalidad y para las prestaciones por maternidad/paternidad) y, en otros, incluso le son asignados efectos que son desconocidos y que, incluso, están prohibidos en el propio Derecho marroquí (pensión de orfandad)³².

Con todo, queda por saber si, una vez que la *kafala* constituida en Marruecos fuera reconocida por las autoridades españolas, podría constituirse en nuestro país la adopción de dicho menor. Hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley 26/2015, la posibilidad de que una *kafala* pudiera convertirse en adopción no era una cuestión pacífica³³. No obstante, era posible. A tenor del art. 19. 4º de la LAI, incluido por la Ley 26/2015, dicha posibilidad no es factible, puesto que, los menores venidos a España en régimen de *kafala* no están, como exige dicho precepto, ni en desamparo ni son tutelados por la Administración³⁴. Una prohibición que, en modo alguno, resulta contraria al art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH)³⁵, como así ha reconocido el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre (en adelante TEDH) en la Sentencia de 16 de diciembre de 2014 (*Chbihi Loudoudi* y otros contra Bélgica). Ello sería así, salvo en el caso de que el menor adquiriera la nacionalidad española (Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre de 4 de octubre de 2012 *Harroudj* contra Francia).

III. LA CONFIGURACIÓN DE LA ADOPCIÓN EN DERECHO COMPARADO

La adopción internacional y, en particular, la adopción transnacional constituye un proceso complejo. No solo porque en él intervienen distintas autoridades, sino porque la adopción es una institución cuya configuración, naturaleza y efectos varían de un sistema jurídico a otro³⁶. Así pues, pueden distinguirse aquellos ordenamientos

³² Marchal Escalona, N., “Reconnaissance et efficacité...”, *loc.cit.*, pp. 89-113.

³³ Existía en este ámbito un alto grado de discrecionalidad judicial. Así, el que pudiera constituirse o no una adopción en nuestro país dependía, en ocasiones de la Comunidad Autónoma e, incluso, dentro una misma Comunidad de la ciudad, en concreto, ante la cual se solicitase la constitución de la adopción. Sobre dicha cuestión, *vid.* Marchal Escalona, N., “La *kafala* marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana”, *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, 2013, 2013, vol. 3, pp. 1-27.

³⁴ Sánchez Cano, M.ª., “Adopción en España de menores en situación de *Kafala* y Ley Nacional del Adoptando”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 931-946.

³⁵ BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979.

³⁶ *Vid.* Marchal Escalona, N., “La protección del menor en Derecho comparado”, en AA. VV.: *El Derecho comparado en la docencia y en la investigación*, Marchal Escalona, N., (dir.), Muñoz González, S., Muñoz González, M.ª. (coords.), Dikynson, Madrid, 2017, pp. 183-184; Calvo Babió, F., “Países y sistema jurídicos de los lugares de procedencia de los menores adoptivos”, en AA.VV.: *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Esteban de la Rosa, G., (coord.), Cizur Menor /Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 33-47.

jurídicos en los que solo es factible constituir una única modalidad de adopción (sistemas únicos), pudiendo ser esta simple o plena. Una adopción plena, como así sucede en Derecho español o en la República Checa³⁷, es aquella en la que se produce la total integración del menor en la familia del/os adoptante/s como si de un hijo por naturaleza se tratase, con los mismos derechos y obligaciones, extinguiendo todos los vínculos preexistentes con la familia biológica. Otros Estados, como Paraguay, contemplan igualmente una única modalidad de adopción, pero esta es – a diferencia de la que regula el Derecho español – simple. En una adopción simple, por oposición a la adopción plena, no se produce la ruptura ni se extingue la relación de filiación con la familia natural o biológica.

Por el contrario, frente a estos sistemas jurídicos –que solo contemplan una única modalidad de adopción– existen otros ordenamientos en los que se contempla tanto la adopción simple como la plena (sistemas duales)³⁸, como así sucedía hasta hace relativamente poco tiempo en los sistemas latinoamericanos³⁹. No obstante, en la actualidad, son pocos los países latinoamericanos en los que se contempla ambas modalidades (plena y simple) de adopción, como así acontece, por ejemplo, en Argentina. Mención especial merece Costa Rica, donde la adopción es plena, pero, sin embargo, los impedimentos matrimoniales por razón del parentesco permanecen vigentes con respecto a la familia consanguínea. Asimismo, subsisten los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, según el caso, cuando el adoptado sea hijo o hija del cónyuge del adoptante⁴⁰.

Las diferencias existentes en Derecho comparado en torno a esta institución no se ciñen solo a las modalidades de adopción que pueden ser constituidas, además, según el ordenamiento jurídico donde se constituya la adopción, esta puede ser irrevocable o no. En España, el principio general es que la adopción es irrevocable (art. 180 Código civil), salvo excepciones (art. 180.2º Código civil). No obstante, frente a lo dispuesto en el Derecho español existen otros sistemas, como el búlgaro, chino o etíope, en los que existe la posibilidad de que la adopción sea revocada⁴¹. A su vez, hay que tener presente que la posibilidad de revocar una adopción recibe un tratamiento distinto en Derecho comparado. Así pues, cabe diferenciar aquellos sistemas jurídicos en los que la revocabilidad debe ser declarada vía judicial (*ad ex*. Etiopía), frente a aquellos en los que puede realizarse voluntariamente, aunque es necesario que esta se haga constar en escritura pública, como así sucede en China. De la misma manera, la revocabilidad puede producirse bien durante la mayoría o minoría de edad del adoptado, siempre que concurren determinadas circunstancias que pueden diferir de un Estado a otro.

³⁷ *Vid.*

<https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/Infancia/adopciones/adopInternacional/informPaísesOrigen/2017AiRepbCheca.pdf>.

³⁸ Así sucede, por ejemplo, en Derecho francés (art. 360 *Code Civil*), italiano (arts. 291 a 314 *Código Civil italiano*) y alemán (arts.1767-1772 *BGB*).

³⁹ Como muestra, puede citarse el caso de México, cuyo Código Civil del Distrito Federal ha suprimido la adopción simple (Sánchez Cano, M.ª.J., “Hacia la recuperación de la adopción simple en Derecho español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, p. 646).

⁴⁰ Información obtenida en <https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/Infancia/adopciones/adopInternacional/informPaísesOrigen/2017AICostaRica.pdf>

⁴¹ Calvo Babío, F.: *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 108-112.

IV. LOS PROBLEMAS DE RECONOCIMIENTO DE LAS ADOPCIONES CONSTITUIDAS ANTE AUTORIDAD EXTRANJERA EN ESPAÑA

1. INTRODUCCIÓN

Toda adopción constituida en el extranjero carece de eficacia jurídica en nuestro país hasta que esta no es reconocida por las autoridades españolas. No toda adopción constituida en el extranjero es reconocida en España. El reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero depende del régimen jurídico que resulte aplicable. España, se caracteriza por la existencia de una pluralidad normativa en materia de adopción internacional. Por una parte, cabe destacar la normativa internacional y, en concreto, el Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional –en adelante CLH 1993⁴²– y los Convenios y Protocolos bilaterales suscritos por España, de escasa difusión práctica⁴³, que concurre, por otra parte, con la normativa estatal contemplada en la LAI –modificada por la Ley 26/2015–. A continuación, analizaremos cómo y con qué efectos se reconoce una adopción constituida en el extranjero al amparo de estos instrumentos normativos.

2. EL RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE LAS ADOPCIONES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO AL AMPARO DEL CONVENIO DE LA HAYA

Este Convenio instaura un sistema de cooperación internacional y de reparto de responsabilidades entre las autoridades del Estado de origen y las de recepción del menor a la hora de constituir la adopción⁴⁴. El reconocimiento de las adopciones constituidas en países pertenecientes al CLH 1993 se sustenta en un certificado de conformidad al Convenio expedido por la autoridad del Estado de origen del menor, que acredita la legalidad de la adopción. De forma que, toda adopción constituida al amparo del CLH 1993 y certificada como tal, debe ser reconocida en el resto de los Estados contratantes de pleno derecho (art. 23), salvo reserva de orden público (art. 24)⁴⁵. Ahora bien, también es cierto que la aplicación de esta cláusula debe tener un carácter excepcional. Su aplicación debe tener un alcance restrictivo, puesto que, si la Autoridad Central de un Estado miembro considera que la adopción constituida en el Estado de

⁴² *BOE* núm. 182, de 1 de agosto de 1995.

⁴³ España también forma parte del Convenio Europeo en materia de adopción de menores, de 27 de noviembre de 2008 (*BOE* núm. 167, de 13 de julio de 2011). Este Convenio responde a un doble objetivo. Por una parte, actualizar el Convenio Europeo, aprobado el 24 de abril de 1967, para armonizar la legislación de los Estados miembros en aquellos casos en que la adopción supone el traslado del niño de un país a otro. Y, por otro, completar el sistema de control y garantías en la adopción instaurado por el Convenio de La Haya de 1993. Además, a diferencia de aquel, el Convenio Europeo opta por la unificación material, fijando normas que han de incluir todos los ordenamientos de los países firmantes, en aspectos de la adopción como los consentimientos necesarios y los efectos de su constitución. No establece ninguna disposición que afecte al reconocimiento o validez de una adopción internacional.

⁴⁴ El CH 1993 se aplica a aquellas adopciones que generan vínculo de filiación y son constituidas en cualquiera de los Estados contratantes, cuando sea necesario el traslado del menor con residencia habitual de uno de los Estados (Estado de origen) a otro (Estado de recepción) que establezcan un vínculo de filiación. Sobre su ámbito de aplicación *vid.*, Carrillo Carrillo, B.L., “Carácter, objetivos y ámbito de la aplicación del Convenio de la Haya de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm.20. 2002, pp. 249-297.

⁴⁵ Carrillo Carrillo, B.L., *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993*, Comares, Granada, 2003, pp. 9-14.

origen del menor vulnera sus principios y valores fundamentales, entendemos que esta debería manifestar su oposición a la prosecución del procedimiento adoptivo [*ex art. 17 c) CLH 1993*⁴⁶]. Por coherencia, no cabría aplicar la cláusula de orden público (*ex art. 24 CLH 1993*) si las autoridades españolas hubieran participado en la constitución de la adopción y la Autoridad Central designada hubiera consentido en la continuación del procedimiento. A nuestro juicio, solo sería factible aplicar dicha cláusula si las autoridades españolas no hubieran participado en la tramitación de dicho proceso adoptivo o, en caso, de haberlo hecho, cuando los motivos por los que se podría denegar el reconocimiento de la misma se hubieran manifestado con posterioridad a la constitución de la misma (*ad ex.* hubiera mediado compensación económica, se hubieran obtenido mediante fraude o engaño los consentimientos necesarios, etc.).

Con todo, cabe advertir que la aplicación de la cláusula de “orden público” está, hoy por hoy, mediatizada por la eventual incidencia de la doctrina establecida por el TEDH en la Sentencia dictada en el caso *Wagner y J.M.W.L.* contra Luxemburgo, el 28 de junio de 2007⁴⁷. En dicha Sent., el Tribunal consideró que un Estado no debe denegar el reconocimiento de una adopción válidamente constituida en el extranjero, y cuyos vínculos familiares se han consolidado, por considerar que la misma no reúne los requisitos legales establecidos para su reconocimiento, por vulnerar varios derechos establecidos en el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre (arts. 6, 8 y 14). La Sent. del TEDH de 3 de mayo de 2011 aplica una doctrina similar respecto de las restricciones de la legislación griega frente a las adopciones por religiosos o monjes. Salvando las buenas intenciones del TEDH, consideramos que genera una doctrina que puede ser peligrosa. A nuestro juicio, no toda adopción constituida regularmente en otro Estado debe ser reconocida, aunque esta haya generado una expectativa de vida en familiar. Es preciso establecer límites a dicha doctrina por los efectos perniciosos que puede implicar. Necesariamente debe plantearse dónde está el equilibrio entre el interés del menor en concreto y el respeto de la legalidad como expresión del interés del menor en general⁴⁸.

Una vez analizado cómo debe ser reconocida una adopción constituida en el extranjero *ex CLH 1993*, es preciso determinar qué efectos jurídicos desplegará esta en nuestro país. Para el art. 26 CLH 1993, el reconocimiento de toda adopción constituida al amparo del Convenio comporta: el reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos, de la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo, así como la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su madre y su padre, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar. En todo caso, si la adopción tuviera como efecto la ruptura del vínculo preexistente de filiación, el niño gozará en el Estado de recepción y en todo Estado contratante donde la adopción sea reconocida de derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca tal efecto en cada uno de esos Estados⁴⁹.

⁴⁶ Según el cual: “*En el Estado de origen solo se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos si: [...] c) las Autoridades Centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción; y d) se ha constatado, de acuerdo con el artículo 5, que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción*”.

⁴⁷ Aranzadi Westlaw JUR\2007\147388.

⁴⁸ Rodríguez Pineau, E., “Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de enero de 2010”, *REDI*, vol. LXII, 2010-1, p. 239.

⁴⁹ El Convenio utiliza un sistema mixto para determinar los efectos de las adopciones constituidas en un Estado miembro. Al respecto, *vid.* Carrillo Carrillo, B.L., *Adopción internacional...*, *op.cit.*, p. 287.

En suma, toda adopción constituida al amparo del CLH 1993 deberá ser reconocida en todo Estado contratante del Convenio como una adopción que genera vínculos de filiación entre el menor y la familia adoptiva, rompe los vínculos familiares que pudieran existir con la familia biológica, siempre que dicho efecto sea contemplado en la ley del Estado donde se ha constituido la adopción. No obstante, en el caso de que dicho en Estado no se contemplare dicho efecto, el art. 27 CLH 1993 permite la posibilidad de convertir una adopción simple extranjera en una adopción plena, siempre que dicha posibilidad sea contemplada en la ley del Estado de recepción.

En España, se permite la conversión de una adopción simple en plena. En concreto, el art. 42 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV) establece que dicha conversión será factible cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción, el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España o el adoptante tenga la nacionalidad española o tenga su residencia habitual en España⁵⁰. Si concurre cualquiera de estas circunstancias, el/os adoptante/s deberá/n presentar la oportuna solicitud de conversión de dicha adopción a plena, sin que para ello se precise propuesta previa de la Entidad Pública, ante la autoridad judicial española competente (art. 15. 2º LAI⁵¹)⁵². El problema inicial al que debe enfrentarse el operador jurídico es resolver la contradicción normativa que existe entre lo dispuesto en el 42 LJV y el art. 15.2º LAI. Y ello porque, en este último precepto se atribuye competencia a los tribunales españoles además de en las situaciones previstas en el art. 42 LJV, cuando el adoptando tenga nacionalidad española o cuando la adopción haya sido constituida por autoridad española. Situaciones estas que son inconcebibles en las adopciones transnacionales, puesto que, normalmente, son formalizadas en el extranjero y el menor, en los casos más habituales, ostenta nacionalidad extranjera. Por lo que, la desafortunada e inconcebible contracción apuntada entre la LAI y la LJV resulta ser una cuestión más teórica que práctica, fruto de un lamentable descuido y de falta de una política integradora y coordinada entre los dos textos jurídicos⁵³.

En cualquier caso, dicha solicitud de conversión deberá ser acompañada del documento de constitución de la adopción por la autoridad extranjera y las pruebas conducentes a demostrar que en el adoptado concurren las circunstancias exigidas.

⁵⁰ BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.

⁵¹ A tenor del cual: “*Si la ley aplicada a la adopción prevé la posibilidad de adopción simple, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la conversión de adopción simple en adopción plena: 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 español*”. Este precepto ha recibido la crítica de la doctrina española. Al respecto, *vid.* Guzmán Peces, M., “Exégesis de las reformas introducidas por la Ley 26/2015 en el ámbito de la adopción internacional”, *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá IX*, 2016, pp. 155-182.

⁵² Para una visión crítica de los criterios de competencia establecidos en dicha norma, *vid.* Gómez Campelo, E., “Los perfiles de la competencia judicial internacional en la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *REEI*, núm. 18, 2009, pp. 28-38.

⁵³ Fernández Rozas, J.C., Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado*, Navarra, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, 10ª ed., p. 512; Durán Ayago, A., “Aspectos internacionales.”, *loc.cit.*, p. 451; Vaquero López, C., “Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal en materia de protección de adultos y de menores”, *AEDIPr.*, vol. XVI, 2016, pp. 395-414.

Presentada la solicitud, el juez deberá examinar la concurrencia de los extremos enumerados en los arts. 4 c) y d) CLH 1993⁵⁴.

Con todo, el CLH 1993 prevé también la posibilidad de que dicha conversión se produzca en el Estado de origen del menor. A tenor del art. 27.2º del CLH 1993, si dicha conversión se pronuncia en el Estado de origen del menor a través de la correspondiente decisión judicial, esta debería ser reconocida de pleno derecho en todos los Estados miembros del CLH 1993 (art. 23), salvo orden público (art. 24).

3. CONVENIOS BILATERALES DE RECONOCIMIENTO Y PROTOCOLOS DE ADOPCIÓN

En materia de adopción internacional existen, además, una serie de Convenios y Protocolos de adopción de carácter bilateral, cuya utilidad práctica es, como veremos, muy limitada.

En concreto, existen convenios internacionales de carácter bilateral de reconocimiento de decisiones que se extienden a la adopción, al abarcar los actos de jurisdicción voluntaria y la materia de estado civil. Tales Convenios no han sido derogados por el CLH 1993 (art. 39.1º), pero su aplicación es prácticamente nula, puesto que, salvo excepciones, introducen un régimen de reconocimiento más gravoso que el que prevé el CLH 1993 (*favor recognitionis*), por cuanto implica recurrir al procedimiento de ejecutur para obtener la eficacia de dicha adopción en España. Este sería el caso de los Convenios hispano-alemán de 14 de noviembre de 1983 (art. 29.2º⁵⁵), hispano-austríaco de 17 de febrero de 1984 (art. 23.2º⁵⁶), hispano-italiano de 22 de marzo de 1973⁵⁷, hispano-francés de 28 de mayo de 1969⁵⁸, hispano-brasileño de 13 de abril de 1989⁵⁹, hispano-uruguayo de 4 de noviembre de 1987⁶⁰ e hispano-tunecino de 24 de septiembre de 2001 (art. 17⁶¹). En la práctica, tales instrumentos normativos únicamente podrían ser aplicados para el reconocimiento de aquellas adopciones constituidas por las autoridades del Estado con el que España hubiera suscrito un Convenio bilateral. Ahora bien, puesto que el régimen de reconocimiento es en estos instrumentos normativos, salvo excepciones (*ad ex*. Convenio bilateral con Alemania),

⁵⁴ Según el cual: “Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen: [...] c) Se han asegurado de que: 1. Las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen. 2. Han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito. 3. Los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados. 4. El consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño. d) Se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que: 1. Ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando éste sea necesario. 2. Se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño. 3. El consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito. 4. El consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna”.

⁵⁵ BOE núm. 230, de 24 de septiembre de 1992.

⁵⁶ BOE núm. 270, de 29 de agosto de 1985.

⁵⁷ BOE núm. 273, de 15 de noviembre de 1997.

⁵⁸ BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1970.

⁵⁹ BOE núm. 164, de 10 de julio de 1991. Corr.err., BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1991.

⁶⁰ BOE núm. 130, de 30 de abril de 1998.

⁶¹ BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2003.

sumamente gravoso, se comprende fácilmente que el legislador europeo, a fin de proteger los derechos y las libertades fundamentales de los ciudadanos de la Unión, esté auspiciando la elaboración un instrumento normativo que permita el reconocimiento automático de aquellas adopciones constituidas en un Estado miembro (Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2017⁶²).

Junto a estos convenios bilaterales cabe destacar la existencia de una serie de Protocolos bilaterales en materia de adopción. Son simples acuerdos de naturaleza administrativa entre órganos de la Administración de distintos países cuyo fin es fijar el procedimiento a seguir para la adopción de menores residentes en estos países, como así sucede con los que existen con Rumanía, Perú, Colombia y Ecuador⁶³.

Por el contrario, existen otros instrumentos bilaterales que sí están llamados a jugar un papel más destacado en las relaciones bilaterales. Así sucede, por ejemplo, con el Convenio de Cooperación en materia de adopción entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam, hecho en Hanoi el 5 de diciembre de 2007⁶⁴, el Protocolo bilateral hispano-boliviano sobre adopciones de 29 de octubre 2001⁶⁵, el Protocolo sobre adopción internacional entre España y Filipinas de 12 de noviembre de 2002⁶⁶ y el Convenio de colaboración en materia de adopción de niños y niñas entre el Reino de España y la Federación de Rusia, hecho en Madrid el 9 de julio de 2014⁶⁷. La incorporación de Bolivia, Filipinas y Vietnam al CLH 1993 minimiza la relevancia de las disposiciones contenidas en los acuerdos bilaterales suscritos por tales países en 2001, 2002 y 2007 respectivamente. Sin embargo, la ausencia de Rusia como Estado parte en aquel otorga relevancia a este Convenio bilateral, puesto que toda adopción procedente de dicho Estado será reconocido en nuestro país, según lo prescrito en este instrumento normativo (art. art. 11.5º del Convenio hispano-ruso).

4. EL RECONOCIMIENTO DE LA ADOPCIÓN CONSTITUIDA EN EL EXTRANJERO AL AMPARO DE LA NORMATIVA AUTÓNOMA

A. Introducción

En defecto de régimen convencional, el reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero se resolverá a partir de las reglas del régimen autónomo. Las condiciones para el reconocimiento de una adopción internacional se especifican de forma particular en los arts. 26 y 30-31 LAI –modificada por Ley 26/2015–. Ahora bien, la cuestión reside en determinar qué condiciones son las que las autoridades españolas deberán aplicar en cada caso. Una cuestión que presenta una relevancia singular, pues la suerte misma del reconocimiento puede depender de que resulten aplicables las condiciones establecidas en el art. 26 o en los arts. 30 y 31 LAI. A continuación, analizaremos qué exigencias son las que se establecen en tales preceptos establecen y cuándo deben ser estas aplicadas.

⁶² [2015/2086 (INL)].

⁶³ Estos acuerdos no son Convenios internacionales, puesto que no se trata de acuerdos entre Estados soberanos. Sobre los mismos, *vid.* González Martín, N., “Los acuerdos bilaterales en materia de adopción internacional firmados entre España y Rumanía, Perú, Colombia, Ecuador, Bolivia y Filipinas”, *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, vol. V, 2005, pp. 225 ss.

⁶⁴ *BOE* núm. 39 de 14 de febrero 2008 y *BOE* núm. 16 de 18 de enero de 2008.

⁶⁵ *BOE* núm. 304 de 20 de diciembre 2001.

⁶⁶ *BOE* núm. 21 de 24 de enero de 2003.

⁶⁷ *BOE* núm. 74, de 27 de marzo de 2015.

B. Condiciones para el reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero *ex art. 26 LAI*

El art. 26 LAI regula los requisitos necesarios para el reconocimiento en España de una adopción constituida en el extranjero en defecto de Tratados o Convenios Internacionales aplicables. Según este precepto, modificado por la Ley 26/2015, las condiciones para el reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero son las siguientes.

En primer término, se introduce el control de la competencia de la autoridad extranjera⁶⁸. En concreto, se considerará que la autoridad extranjera es competente si el supuesto presenta vínculos razonables con el Estado extranjero. En todo caso, se presumirá que son competentes aplicando de forma recíproca las normas de competencia previstas en el artículo 14 LAI [art. 26.1º.1) LAI]. Por tanto, no serán reconocidas aquellas adopciones que no hayan sido constituidas por una autoridad pública, ya sea judicial o administrativa, competente. Para ello, la autoridad española deberá comprobar que la competencia de la autoridad extranjera haya sido determinada mediante los foros de competencia internacional establecidos en su ordenamiento jurídico. Y, además, que dicho foro de competencia no sea exorbitante, es decir, que establezca una conexión razonable entre la adopción y la autoridad que la constituye.

En segundo término, se introduce la reserva de orden público, que debe interpretarse en atención al interés superior del menor [26.1º.2 de la LAI –incluido por la Ley 26/2015⁶⁹–]. Ello sucederá, en particular, cuando se haya prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación. En todo caso, como señala A. Duran Ayago, el concepto de orden público internacional no puede agotarse con esta indicación. En dicha cláusula debe subsumirse toda aquella adopción que haya sido constituida en contra del “interés del menor”⁷⁰. A nuestro juicio, debe servir para denegar, como así hizo la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) en la Resolución (77ª) de 3 de enero de 2014⁷¹, el reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero argumentando que la menor adoptada era hermana de la adoptante, incurriendo en la prohibición prevista en el artículo 175.3º. 2) del Código civil, según el cual no puede adoptarse “*a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad*”. Una prohibición expresa que, según este Centro Directivo, constituye una cuestión de orden público internacional, no procediendo, en ningún caso, al reconocimiento de dicha adopción.

⁶⁸ Dicho precepto fue reformado en 2015 y supuso la desaparición del doble control al que dicho precepto sometía el reconocimiento de toda adopción *vid.* Fernández Rozas, J.C., Sánchez Lorenzo, S., *Curso de Derecho...*, *loc.cit.*, p. 517.

⁶⁹ La reforma de este precepto ha tenido la virtud de eliminar el control de la ley aplicable previsto en la redacción primigenia de la LAI, y en cuya virtud se exigía que la adopción se hubiera constituido con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país de que dependía la autoridad extranjera que constituyó la adopción. A dicho control se añadía un segundo consistente en comprobar que la autoridad extranjera hubiera aplicado correctamente esa ley o leyes en cuanto a los consentimientos y declaraciones de voluntad exigidos, ofreciendo la posibilidad completar estos requisitos en España de conformidad con lo previsto en la ley extranjera y ante las autoridades españolas competentes.

⁷⁰ *Id.*, “Aspectos internacionales...”, *loc.cit.*, p. 449-550.

⁷¹ *BIMJ*, 21 de mayo de 2014, pp. 25-27.

El art. 26 de la LAI añade tres requisitos adicionales para el reconocimiento en España de una adopción constituida en el extranjero. Por un parte, exige, cuando el adoptante sea español y residente en España, que la Entidad Pública española competente declare su idoneidad. No obstante, 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 (art. 26.3º de la LAI). Como condición especial, en los casos en los que el adoptando fuera español, en el momento de constitución de la adopción ante la autoridad extranjera competente –circunstancia que normalmente no concurre en las adopciones transnacionales–, el reconocimiento de la adopción requiere asimismo del consentimiento de la Entidad Pública correspondiente (art. 26.4º de la LAI). Por otra parte, dispone que no podrá reconocerse en España aquellas adopciones constituidas en el extranjero si los efectos de dicha adopción no se corresponden con los previstos por la legislación española (art. 26.2º de la LAI). Ahora bien, dicha equivalencia solo resulta exigible cuando “*el adoptante o el adoptando sea español*”, es decir, en aquellos casos en los que la misma sea susceptible de ser inscrita en el Registro civil español (*ex art. 15 de la Ley de 8 de junio de 1957 del Registro Civil*⁷²). Esta condición está pensada para impedir que puedan surtir efectos en España como adopción aquellas que no lo son para el Derecho español. De forma que aquellas adopciones en las que ninguna de las partes (ni el/os adoptante/s ni el/os adoptado/s) ostentan la nacionalidad española serán válidas y reconocibles en España, aunque no presenten dicha correspondencia sustancial de efectos, siempre que observen el resto de las condiciones de validez estipuladas en el ordenamiento jurídico español.

En concreto, cualquiera que sea la denominación que la institución reciba en Derecho extranjero, deben observarse los elementos básicos de la adopción en nuestro Derecho: la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen⁷³, la identidad de vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza⁷⁴ y el carácter irrevocable de la adopción. En relación con este último requisito, la LAI establece que, si la adopción extranjera fuese revocable, tal defecto podría ser subsanado con la renuncia mediante documento público de dicha revocación o mediante la comparecencia ante el Encargado del Registro Civil (art. 26.2º *in fine* de la LAI). Esta posibilidad debe ser objeto de crítica por dos razones. La primera, porque dicha posibilidad es irrespetuosa con el ordenamiento jurídico extranjero⁷⁵. Y, la segunda,

⁷² BOE núm. 151, de 10 de junio de 1957.

⁷³ No obstante, como ha sido destacado por la doctrina, y la propia DGRN reconoce, la ruptura de los vínculos con la familia de origen no es un dato determinante ni en la adopción regulada en el Código Civil, ni en la legislación autonómica. Sobre las peculiaridades de la adopción regulada por la legislación catalana y navarra, *vid. Álvarez González, S., “Reconocimiento e inscripción en el Registro Civil de las adopciones internacionales”, REDI, vol. LVIII, 2006-2, p. 698; Calvo Babío, F., Reconocimiento en España..., op.cit., pp. 156-161.*

⁷⁴ Para la DGRN, el establecimiento del mismo vínculo de filiación que el que tienen los hijos por naturaleza constituye un efecto fundamental. La adopción debe ser en este sentido “*una institución que procura el desarrollo integral del niño en el seno de una familia estableciendo el mismo vínculo de filiación que el que tienen los hijos por naturaleza*” (*cf.* Resoluciones 4-3ª de octubre de 1996, 30 de marzo de 1999, 9-9ª de septiembre de 2002, y 24- 3ª de septiembre de 2002). De hecho la filiación adoptiva no crea un simple *status filii* (relación paterno-filial entre adoptante y adoptado), sino un *status familiae* relación no solo respecto del adoptante, sino también respecto de la familia de éste). Además, el vínculo de filiación creado por la adopción ha de surtir los mismos efectos y tener el mismo contenido en derechos y deberes que los que se derivan del vínculo de la filiación natural.

⁷⁵ Como apunta S. Álvarez González, la posibilidad de renunciar a la revocabilidad “*es una especie de puedo modificar unilateralmente el alcance de la adopción constituida en el extranjero*” (*id.*, “Reconocimiento e inscripción...”, *loc.cit.*, p. 699).

porque resulta insuficiente, pues únicamente se refiere a las adopciones que son revocables por voluntad del adoptante, del adoptando o conjunta de ambos, supuestos en los que existe un Derecho de revocación. Sin embargo, no hace referencia alguna a aquellas adopciones que, para ser revocadas, precisan intervención judicial. La revocación judicial de la adopción constituye, a nuestro juicio, un supuesto cercano a la “extinción” de la adopción regulada en Derecho español, que podrían plantear problemas peculiares. En concreto, saber si los adoptantes podrían solicitar ante las autoridades españolas la revocación de la adopción y, en el caso, de que la respuesta fuera afirmativa cuál sería la ley aplicable: ¿la española o la del origen del menor? Aspectos estos que carecen de respuesta en nuestro ordenamiento jurídico⁷⁶.

A nuestro juicio, resulta evidente que la exigencia de identidad de efectos que este precepto establece es consecuencia de la influencia que ha tenido en su formulación la legislación y práctica registral, según la cual, no puede acceder al Registro Civil español ninguna adopción que no se considere equivalente a una adopción española. De hecho, el incumplimiento de estos criterios ha sido durante años el argumento esgrimido por las autoridades registrales españolas y por la DGRN para denegar la inscripción de adopciones constituidas en el extranjero.

Ahora bien, queda por determinar si tales elementos determinantes de la equivalencia de la adopción constituida en el extranjero deben ser interpretados y aplicados de manera estricta. Para la DGRN, el requisito de “la equivalencia de instituciones” establecido en este apartado no puede valorarse a la luz de las prescripciones genéricas del Derecho extranjero, sino que hay que comprobar si la adopción que pretende ser reconocida produce, conforme al Derecho extranjero, efectos admisibles en España, atendiendo a las circunstancias concretas que concurren en la adopción cuyo reconocimiento se pretende y, sobre todo, al “interés superior del menor”⁷⁷. Esto es, para la DGRN, la correspondencia de efectos no ha de ser absoluta o total, pero sí fundamental (Res. 9.9ª de septiembre de 2002, 24.3ª de septiembre de 2002 y consulta DGRN de 2 de diciembre de 2004)⁷⁸. Implícitamente, la DGRN considera que es más importante el establecimiento del vínculo de filiación con la familia adoptiva y el nacimiento de los derechos y deberes inherentes a aquel, que la ruptura de los vínculos con la familia de origen⁷⁹.

En este sentido, la DGRN en distintas Resoluciones ha realizado, como ha señalado A. Lara Aguado, una documentada reflexión sobre los casos en los que las adopciones simples constituidas por autoridades extranjeras resultan o no equivalentes con la adopción española, y se ha planteado todas las posibles situaciones en las que un menor puede ser adoptado: siendo sus progenitores biológicos conocidos, habiendo sido

⁷⁶ Marchal Escalona, N., “El fracaso, la nulidad y la disolución de la adopción de menores extranjeros residentes en Andalucía”, en AA. VV.: *La Integración de los Extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Sánchez Lorenzo, S., (ed.), Barcelona, Atelier, 2009, pp. 659-663.

⁷⁷ Lara Aguado, A., “Adopción internacional: relatividad de la equivalencia de efectos y sentido común en la interpretación del Derecho extranjero”, *REDI*, 2008, vol. LX, p. 135

⁷⁸ Aunque, en ocasiones, la DGRN no parece tener claro ni el control que debe realizar para reconocer las adopciones constituidas en el extranjero ni en qué consiste el control de la “equivalencia de efectos” que exige la normativa española. Una praxis errónea que ya denunciábamos en su día [Marchal Escalona, N., “Nota a las Resoluciones (34ª) de 4 de abril de 2012, (2ª) de 11 de julio de 2012 y (3ª) de 11 de julio de 2012 de la DGRN”, *AEDIPr.*, vol. XII, 2012, pp. 1179-1183].

⁷⁹ Marchal Escalona, N., “Nota a la Resolución DGRN (1ª) de 3 de septiembre de 2009”, *AEDIPr.*, vol. X, 2010, pp. 1189-1202.

abandonado y desconociendo sus orígenes biológicos, estando sus progenitores incapacitados, siendo huérfano, etc.⁸⁰. Como resultado de este proceso hermenéutico ha concluido que solo cuando sea factible el mantenimiento de los vínculos familiares con la familia biológica habrá que denegar el reconocimiento de dicha adopción. Resulta, por tanto, evidente que el problema reside en saber qué vínculos familiares son admisibles y cuáles son los que impiden el reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero. Esta cuestión deberá ser resuelta por la práctica a la luz de lo establecido en el Derecho extranjero⁸¹. Así, por ejemplo, no parece que sea incompatible el mantenimiento de las prohibiciones de matrimonio entre el adoptado y determinados miembros de su familia, más discutible podría ser admitir la existencia de ciertos derechos sucesorios respecto a los miembros de su familia⁸².

En suma, aunque formalmente la adopción cuyo reconocimiento se pretende no conlleve la extinción de vínculos con la familia de origen – al haberse constituido de forma simple– esta no debería plantear problemas para su reconocimiento España como una adopción plena cuando *de facto* no existen vínculos familiares alguno (*ad ex*. el menor es huérfano o ha sido abandonado por sus progenitores), siempre que se observen el resto de las condiciones de reconocimiento establecidas a tal efecto.

Finalmente, el art. 26.5º de la LAI exige el cumplimiento de determinadas formalidades para el reconocimiento en España de una adopción constituida en el extranjero. Se exige un control formal externo del documento en el que conste la constitución de la adopción ante autoridad extranjera. Dicho documento debe presentarse acompañado de legalización o apostilla. Se exceptúan, empero, aquellos documentos eximidos de legalización en virtud de otras normas vigentes. Además, dicho documento debe ser traducido al español, teniendo en cuenta que el art. 86 del Reglamento Registro Civil permite que el Encargado del Registro prescinda de la traducción si al mismo le consta el contenido del Derecho extranjero⁸³. En su defecto, la traducción puede realizarse por Notario, Cónsul, traductor u otro órgano o funcionario competente.

C. Condiciones para el reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero ex arts. 30-31 LAI

El reconocimiento de la adopción simple constituida en el extranjero se facilita bajo reserva de orden público (art 31 LAI), siempre que sea conforme con la ley designada por el art. 9.4º del Código civil (art. 30.1º LAI). En concreto, será la ley designada por dicho artículo la que determine la existencia, la validez y los efectos de tales adopciones, así como la atribución de la patria potestad (art. 30.2º LAI). El problema que presenta la aplicación práctica de este precepto es, a nuestro juicio, determinar cuál es/son la/s ley/es –en el caso de ser varias– aplicable/s para determinar tales aspectos. Debe tenerse en cuenta que el art. 9.4º, tras su última redacción dada por la Ley 26/2015, ha sufrido la especialización de su supuesto de hecho. Así, la redacción actual del art. 9.4º del Código civil diferencia entre la ley aplicable a la determinación de la filiación, cuya concreción debe realizarse según lo establecido en el apartado

⁸⁰ Id., “La adopción de menores extranjeros como vía de inmigración en Andalucía”, en AA.VV.: *La Integración de los Extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Sánchez Lorenzo, S., (ed.), Atelier, Barcelona, 2009, pp. 558-559.

⁸¹ Lara Aguado, A., “Adopción internacional...”, *loc.cit.*, p. 135.

⁸² Arenas García, R., González Geilfus, C., “La Ley 54/2007...”, *loc.cit.*, p. 30.

⁸³ BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958.

primero del art. 9.4º del Código civil⁸⁴, y la ley aplicable al contenido de la filiación y al ejercicio de la responsabilidad parental, remitiéndose en este caso al CH 1996.

Este Convenio parte del principio de aplicación a las medidas de protección del menor de la *lex fori* (art. 15.1º CLH 1996), pero también prevé un régimen diferencial de la responsabilidad parental como institución de protección establecida sin la intervención constitutiva de una autoridad judicial o administrativa, a diferencia de las medidas de protección de menores adoptadas en situaciones conflictivas (art. 16 CLH 1996). La más característica sería la patria potestad atribuida *ex lege*. En estos casos, resulta de aplicación lo establecido en la ley de la residencia habitual del menor (art. 16 CLH 1996)⁸⁵. No obstante, a nuestro juicio, la aplicación de este precepto plantea dudas en relación con instituciones como la adopción, donde la patria potestad es asumida automáticamente por el/os adoptante/s una vez que esta es constituida y, en su caso, es reconocida en nuestro país. La intervención de la autoridad que constituye la adopción en el extranjero no puede ser calificada de puramente formal, ya que esta presenta un carácter constitutivo. Por lo que, en tales supuestos cabría plantearse la aplicación de lo establecido en el art. 15 CLH 1996 y, por ende, la aplicación de la *lex fori*.

Por su parte, el art. 17 del CHL 1996 también establece que las condiciones del ejercicio de la responsabilidad parental se rigen por la ley del estado de la residencia habitual del niño. En caso de cambio de la residencia habitual del niño, se regula por la del Estado de la nueva residencia habitual.

De esta manera, las normas –y puede que también leyes⁸⁶– para determinar la existencia y los efectos de una adopción simple constituida en el extranjero pueden duplicarse, lo que complica sobremanera la concreción de tales extremos. Con todo, lo cierto es que la adopción simple constituida en el extranjero, según establece el art. 30.1º de la LAI, debe ser reconocida en España como una adopción simple o menos plena con los efectos que dicha adopción despliega en el ordenamiento jurídico aplicable (teoría de la extensión de efectos). Dicha adopción, empero, no podrá ser objeto de inscripción como tal en el Registro Civil español ni comportará la adquisición de la nacionalidad española con arreglo al artículo 19 del Código civil (art. 30.3º LAI).

La lectura de este precepto evidencia la existencia de una contradicción normativa entre lo establecido en el apartado primero y el tercero. Es sabido que uno de los efectos que conlleva la constitución de una adopción simple es la creación de vínculos familiares entre el/os adoptante/s y el/os adoptado/s. Pues bien, si ello es así, no se comprende bien que el menor no pueda adquirir la nacionalidad española (ex art.

⁸⁴ Dicho precepto constituye una norma que sigue una estructura jerárquica. Consagra distintos criterios de conexión que están orientados materialmente. De forma que, a falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si dicha ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciera de residencia habitual o de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. Para un análisis de dicho artículo, *vid.* <https://cartasblogatorias.com/2015/12/08/espana-ley-aplicable-al-establecimiento-de-la-filiacion-y-a-la-proteccion-de-mayores/>.

⁸⁵ Para determinar cuál es la ley aplicable, habrá de saberse qué se entiende por residencia habitual. Con todo, el régimen de la responsabilidad parental ya establecido se mantiene en caso de cambio de residencia habitual del menor (art. 16.3º CLH 1996), pero la ley de la nueva residencia habitual puede atribuir una responsabilidad parental que no haya sido establecida conforme a la ley de la residencia habitual anterior (art. 16.3º CLH 1996).

⁸⁶ En contra, *vid.*, Durán Ayago, A., “Aspectos internacionales...”, *loc.cit.*, p. 451.

19 Código civil). Dicha negativa, así como la de inscribir en el Registro Civil español como “adopción” a toda adopción simple constituida en el extranjero es, a nuestro juicio, consecuencia de la influencia y de la contaminación que la legislación y la práctica registral española ejerció en la formulación de la LAI, y cuya doctrina se condensa en la Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 15 de julio de 2006, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales. En dicha Resolución, la DGRN establecía de forma manifiesta y concluyente que no puede acceder como “adopción” al Registro Civil español ninguna adopción que no tenga efectos equivalentes a una adopción española. Lamentablemente, esta influencia se ha dejado sentir también en el Derecho de nacionalidad, puesto que ninguna adopción simple comportará en España la adquisición de la nacionalidad española, lo que, a nuestro juicio, puede conllevar efectos perjudiciales al menor.

Tampoco puede acceder al Registro civil ni como adopción ni como acogimiento familiar. Cosa que no sucedía en la primigenia redacción de la LAI, dado que, hasta 2015, la adopción “simple o menos plena” era reconocida y podía acceder al Registro civil español como “acogimiento familiar”. De esta forma, y a través de la técnica jurídica propia del Derecho internacional privado de la calificación funcional, se consideraba que dicha institución desarrolla en el Derecho extranjero una función similar a la desplegada en el Derecho español por el acogimiento familiar.

Toda adopción simple una vez fuera reconocida por la autoridad española podía ser anotada en el Registro Civil competente como “acogimiento familiar”, siendo posible *a posteriori* su conversión en una adopción plena regulada por el Derecho español (art. 30.4º de la LAI). No obstante, la entrada en vigor de la Ley 26/2015 ha supuesto un cambio significativo al suprimir el correspondiente apartado del art. 30 de la LAI en el que se contemplaba la posibilidad de realizar dicha transposición como acogimiento familiar (art. 30.4º). Tras la reforma operada, la adopción simple no se puede reconocer como adopción plena ni tiene efectos sobre la nacionalidad ni puede tener acceso al Registro Civil ni como adopción ni como acogimiento familiar. Una modificación legal que fue aplaudida por la doctrina⁸⁷, puesto que verdaderamente no existe equivalencia ni identidad funcional entre una adopción simple y el acogimiento familiar (español) ni se compadece bien con la propia sujeción a la ley designada por el art. 9.4º Código civil para determinar los concretos efectos de la adopción simple reconocida. Pero que, a nuestro juicio, deja al menor, desde el punto de vista registral, en un limbo jurídico ni adoptado ni acogido con los consecuentes perjuicios que ello puede suponer para el menor. Y es que, si dicha adopción solo puede desplegar en España, según lo establecido en el art. 30.º1 LAI, los efectos que esta institución conlleva en el extranjero, ¿cómo puede el menor probarlos? ¿Debería solicitar el reconocimiento de la adopción ante toda autoridad frente a la cual pretenda hacer valer su eficacia?

Con todo, la posibilidad de convertir una adopción simple en plena implica la necesidad de entablar el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria ante la competente autoridad judicial española, siempre que concurra las circunstancias previstas en el art. 42.1º LJV. En tal caso, el/os adoptante/s deberá/n presentar, como

⁸⁷ Durán Ayago, A., “Aspectos internacionales...”, *loc.cit.*, p. 453.

hemos señalado, la solicitud de conversión ante la autoridad competente (*ex art. 15.2º LAI*), sin que precise propuesta previa de la Entidad Pública. A dicha solicitud deberá acompañar el documento de constitución de la adopción por la autoridad extranjera y las pruebas conducentes a demostrar que en el adoptado concurren las circunstancias exigidas. Presentada la solicitud, el juez examinará la concurrencia de los extremos enumerados en la LAI (art. 42.3º LJV). Dicha norma remite, pues, a las exigencias establecidas en las letras a) a g) del art. 30.4º de la LAI, cuya concurrencia deberán ser verificadas por la autoridad española para que dicha conversión tenga lugar; exigencias que, como ha señalado la doctrina⁸⁸, se solapan con los requisitos contemplados en el art. 42 de la LJV⁸⁹.

En la regulación de este procedimiento de conversión, como así ha manifestado la doctrina, sorprende la nula presencia de los progenitores biológicos en el mismo⁹⁰. Es lógico pensar que ellos son los primeros que deben participar en dicho proceso y emitir su consentimiento para que dicha conversión tenga lugar. Pero, también es cierto que ni siquiera el CLH 1993 [arts. 4 c y d)] contempla su intervención en el proceso de conversión. Dicha exigencia dependerá en su caso de la ley aplicable a la constitución de la adopción, según lo establecido en el art. 22 LAI. A tenor del cual, dicha ley debe ser la ley aplicable a la constitución de la adopción, es decir, la ley extranjera⁹¹. No obstante, puede suceder que en el país donde se haya constituido la adopción simple o menos plena no se contemple dicho procedimiento de conversión. En tal caso, ¿puede la autoridad judicial española competente convertir una adopción simple en una plena cuando la ley del lugar donde ha sido constituida no contemple dicha posibilidad? Esta incongruencia evidencia –y da la razón– a aquel sector de la doctrina española que consideraba que prever la posibilidad de conversión de una adopción simple en una adopción plena y condicionarla a que se aplique la ley designada por el art. 22 LAI era quedarse a medias y ser contradictorio con lo que realmente se deseaba, a saber: la conversión de la adopción simple en la adopción plena regulada por el Derecho español⁹². Consideramos, pues, que el legislador español ha desaprovechado la oportunidad para modificar dicho precepto y establecer la aplicación, en tales casos, de lo establecido en ley española.

Con todo, una vez que el tribunal dicte auto convirtiendo la adopción simple en plena, la LJV estable que, el testimonio del auto que declare dicha conversión se remitirá al Registro Civil correspondiente, para su inscripción (art. 42. 4º y 5º LJV).

D. De las condiciones de reconocimiento aplicables

⁸⁸ Fernández Rozas, J.C., Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional...*, p. 520; Durán Ayago, A., “Aspectos internacionales...”, *loc.cit.*, pp. 460-462.

⁸⁹ Según el cual: “*en todo caso, habrán de manifestar su consentimiento ante el Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptado si fuera mayor de doce años. Si fuera menor de esa edad se le oirá de acuerdo con su edad y madurez. Deberá asentir el cónyuge del adoptante o la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad a la conyugal*”.

⁹⁰ López Azcona, A., “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, 2016, p. 80 en https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/4983_d_BolMinJust.pdf.

⁹¹ Durán Ayago, A., “Aspectos internacionales...”, *loc.cit.*, p. 452.

⁹² Álvarez González, S., “El Proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad Civil*, núm. 22, 2017, p. 12.

El problema inicial con que se enfrenta el operador jurídico para el reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero es saber qué precepto/s, de los analizados, debe/n ser aplicado/s para que la adopción constituida en el extranjero despliegue todos sus efectos en España. Una cuestión que, como hemos visto, resulta de vital importancia, dadas las diferencias que existen entre lo estipulado en el art. 26 y en los arts. 30 y 31.

A priori puede pensarse que las condiciones de reconocimientos que sean aplicables dependerán del tipo de adopción que haya sido constituida en el extranjero, es decir, si esta es simple o plena. Así, si atendemos a la estructura formal de la LAI, el reconocimiento de las adopciones simples debería llevarse a cabo, según lo establecido en los arts. 30-31 LAI; mientras que, *a sensu contrario*, las plenas deberían de reconocerse a tenor de lo dispuesto en el art. 26 LAI. No obstante, esta primera percepción debe ser corregida, puesto que el art. 26 LAI establece, como hemos visto, que para su aplicación “*será irrelevante el nombre legal de la institución en el Derecho extranjero*”. Según el tenor literal de dicha norma, resulta indiferente el tipo de adopción que haya sido constituida en el extranjero para que dicho precepto resulte aplicable. Por lo que, puede ser de aplicación tanto para el reconocimiento de una adopción simple como para el de una adopción plena.

La Ley 26/15 tampoco ha resuelto este dilema. Para resolverlo, es preciso averiguar cuál era la intención del legislador español al regular el reconocimiento de una adopción constituida por autoridad extranjera. La cuestión reside en averiguar si era establecer distintos regímenes de reconocimiento en virtud del tipo de adopción que se pretenda reconocer plena/reconocimiento procesal o simple/reconocimiento material. O, por el contrario, convertir en norma legal lo que era doctrina de la DGRN en esta materia. Optar por una u otra postura implica que resulte de aplicación una norma u otra y, por ende, que sean distintas las condiciones que deberán ser controladas por las autoridades españolas para el reconocimiento en España de una adopción constituida en el extranjero.

Si atendemos al antecedente más inmediato de la Ley, esto es, a la Resolución de la DGRN de 15 de julio de 2006, así como al art. 27 LAI –en su redacción actual–, parece ser que la voluntad del legislador era y es ser continuista con la postura ofrecida durante años por la DGRN, para la cual el eje del proceso de reconocimiento lo constituye la equivalencia de la figura extranjera con la adopción española. De forma que, si esa equivalencia existe –en los casos en los que esta resulta exigible–, una adopción constituida en el extranjero podrá ser reconocida como una plena española, siempre que cumpla las condiciones de validez establecidas. Esta afirmación comporta que, si no existe dicha equivalencia, porque, por ejemplo, el adoptando sigue conservando vínculos con la familia de origen, dicha adopción no podrá ser reconocida en nuestro país. Es evidente que lo que el legislador español quiso expresar es que no sería reconocida como una adopción plena española, lo que no significa que esta no pueda desplegar eficacia jurídica en nuestro país. El tenor literal de la Ley no resulta ni claro ni preciso en este punto, pero la inclusión del art. 30.4º LAI nos lleva a pensar que aquel no era el resultado pretendido por el legislador español. El hecho de que esta voluntad no haya tenido su reflejo en el tenor literal de la LAI se trata, a nuestro juicio, de un *lapsus* del legislador, que no debe llevar a interpretaciones extremistas. De hecho, una negativa de plano a reconocer eficacia a toda adopción constituida en el extranjero que no sea equivalente a una adopción española –en los casos en los que dicha

equivalencia resulta exigible— resulta excesiva y puede ser cuestionada, sobre todo, si consideramos que denegar el reconocimiento a una adopción válidamente constituida en el extranjero puede ser contrario al “interés superior del niño” y tener una incidencia clara en el derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH).

En conclusión, a nuestro juicio, aplicar las condiciones estipuladas en el 26 LAI (control de competencia, orden público, certificado de idoneidad, etc.) o en los arts. 30 y 31 de la LAI para el reconocimiento en España de una adopción constituida en el extranjero depende de tres factores. Por una parte, depende de la nacionalidad que ostenten las partes implicadas en el proceso adoptivo (si ostentan o no la nacionalidad española), del tipo de adopción que haya sido constituida en el extranjero (si es simple o plena) y, por otra, de si los efectos que esta despliega son o no equivalentes —cuando ello se requiera— a los que se derivan de una adopción plena española.

Con todo, no hay que olvidar la eventual incidencia que en este ámbito puede desplegar la peligrosa doctrina establecida por el TEDH en la Sentencia *Wagner* que implica la obligatoriedad de dotar de validez en España a toda adopción constituida en el extranjero, siempre que hubiera generado una expectativa de vida familiar. Es cierto que denegar el reconocimiento de una adopción válidamente constituida en el extranjero puede perjudicar al menor, pero reconocer toda adopción que haya sido válidamente constituida en el extranjero sin las garantías debidas puede suponer un paso atrás en la protección de los menores. No dudamos, como hemos señalado, de las buenas intenciones del TEDH, pero, desde nuestro punto de vista, no toda adopción constituida en otro Estado debe admitirse. Solo aquellas que cumplan los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico español.

V. CONCLUSIONES

La adopción es una institución cuya regulación es diversa en Derecho comparado. Hay Estados donde, incluso, la adopción no solo no se regula, sino que está prohibida. Esta diversidad explica el recelo que muestran las autoridades españolas a la hora de reconocer eficacia en nuestro país de aquellas medidas de protección del menor que son desconocidas en nuestro territorio, como así sucede con la *kafala* marroquí, o que se regulan de forma diversa a como lo hace Derecho español, como ocurre en las adopciones simples y aquellas que son revocables.

No toda medida de protección del menor es reconocida en España. El presente estudio ha pretendido poner de relieve que la eficacia en España de la *kafala* marroquí, como institución desconocida que es en Derecho español, no está siendo objeto de un tratamiento unívoco por las diferentes autoridades españolas que han de atribuir consecuencias jurídicas al hecho de que un menor esté sometido a una *kafala* marroquí. En efecto, por una parte, en el ámbito del Derecho de extranjería esta medida de protección es equiparada, en ciertos supuestos, a la tutela y, en otros, es considerada como equivalente a una mera delegación de la responsabilidad parental, dependiendo de que estemos en presencia de una *kafala* de tipo judicial o notarial. Por su parte, las autoridades registrales asimilan la *kafala* a un acogimiento familiar, tal y como se regula en Derecho español; mientras que en algunos pronunciamientos judiciales la han llegado a equiparar a la tutela, incluso, a la custodia. En el ámbito de la Seguridad Social, a efectos de conceder una pensión de orfandad, las autoridades españolas consideran a la *kafala* marroquí como equivalente a la filiación adoptiva; mientras que

si lo que se solicita es el derecho a reconocer una prestación por maternidad/paternidad es equiparada al acogimiento familiar, como así lo hace la Administración española a efectos de conceder determinadas subvenciones.

En suma, la *kafala* marroquí es reconocida en España bien con los efectos que la misma despliega en Derecho marroquí (Derecho de extranjería), en otros, con los propios de la institución española en la que se nacionalizan (ámbito registral y Derecho de la nacionalidad y para las prestaciones por maternidad/paternidad) y, en otros, incluso le son asignados efectos que son desconocidos y que, incluso, están prohibidos en el propio Derecho marroquí (pensión de orfandad). Este tratamiento asimétrico de la *kafala* marroquí por parte de las autoridades españolas encuentra su razón de ser en que estas no aplican de forma adecuada las normas de Derecho internacional privado vigentes en el ordenamiento jurídico español, que son las que en definitiva determinan, como hemos tenido oportunidad de analizar, la vía de atribución de eficacia de la *kafala* marroquí en España, cuáles son las condiciones que han de controlarse, así como los efectos.

A nuestro juicio, la *kafala* marroquí debería ser reconocida en España con los efectos que le son propios en el Derecho marroquí, como prevén, tanto el Convenio de La Haya de 1996 como el hispano-marroquí. Es cierto que ello implicaría la reforma del Derecho internacional privado autónomo (art. 34 LAI), que exige no solo que exista equivalencia de funciones con una medida de protección española para que la *kafala* sea reconocida en España, sino que al producirse el reconocimiento la autoridad española la equipara, según su criterio, al acogimiento familiar o a la tutela, tal y como se regula en Derecho español. Desde nuestro punto de vista, la *kafala* marroquí debería ser reconocida en España como una medida de protección del menor de carácter temporal que genera ciertas obligaciones al *kafil* frente al *makful* (protección, manutención y educación) del que se erige, por regla general, en su representante legal, asumiendo la responsabilidad civil de los actos lesivos cometidos por el menor acogido en *kafala*, pero que no crea vínculo de filiación y, por tanto, tampoco genera derecho sucesorio alguno. Aunque, en última instancia, los efectos que una *kafala* marroquí está llamada a desplegar en España depende del tipo de *kafala* que se haya constituido en Marruecos (judicial/extrafamiliar o notarial/intrafamiliar).

Con todo, lo que resulta evidente es que, aunque la *kafala* constituida en Marruecos fuera reconocida por las autoridades españolas, no podría constituirse posteriormente en nuestro país la adopción de dicho menor, puesto que está prohibido, según establece el art. 19.4º LAI, prohibición que, en modo alguno, resulta contraria al art. 8 del CEDH.

Por lo que a la adopción se refiere, hemos evidenciado que, no toda adopción constituida en el extranjero es reconocida en España. El reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero, así como los efectos que esta despliega en nuestro país depende de la normativa aplicable al mismo. Así, el reconocimiento merced lo dispuesto en el CLH 1993, cuyas exigencias están orientadas al interés superior del menor, se sustenta en un certificado de conformidad al Convenio De ahí que resulte plenamente justificado el régimen privilegiado de reconocimiento que establece el art. 23 (reconocimiento automático), salvo reserva de orden público (art. 24). Una cláusula cuya aplicación no solo tiene un alcance excepcional, sino que está mediatizada por el TEDH, cuya doctrina puede, como hemos visto, tener efectos perniciosos.

Tampoco se exige el *execuátur* para el reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero al amparo de lo establecido la normativa autónoma, al considerarse de un acto de jurisdicción voluntaria susceptible de un reconocimiento material de carácter automático. El problema está es determinar las condiciones que las autoridades españolas deberán controlar para que este despliegue sus efectos en España. Y es que, como hemos evidenciado, la regulación que ofrece la normativa autónoma es desafortunada. Además de poder calificarse de confusa e incoherente, resulta contradictoria con otras disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico y, en concreto, con la LJV. Además, de ser una regulación que sufre la criticable influencia del Derecho y de la práctica registral, que afecta por igual Derecho de la nacionalidad, y que la Ley 26/2015 ha perpetuado en lugar de erradicarla. Una Ley que, lamentablemente, presenta más sombras que luces. Por ello, desde aquí, *de lege ferenda*, animamos a la reforma del régimen jurídico español en el que debería determinarse con claridad las condiciones de validez exigidas a toda adopción constituida en el extranjero y, sobre todo, cuándo se controlan, así como minimizar el impacto que la normativa y práctica registral ejercen sobre ella y sobre el Derecho de la nacionalidad. De forma que toda adopción simple constituida en el extranjero que cumpliera los requisitos de validez exigidos en nuestro ordenamiento jurídico pudiera acceder, sin problema alguno, al Registro Civil español, como lo que es, como una adopción simple, permitiendo que el menor adquiera la nacionalidad española. Aunque siendo realistas, somos conscientes de la dificultad que esta propuesta entraña, puesto que supondría la reforma de la normativa y práctica registral existente. Y eso, no es una tarea sencilla.