

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

Clara Isabel CORDERO ÁLVAREZ *

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

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

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

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

* Profesora ayudante doctora de la Universidad Complutense de Madrid.

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

I. Introducción

1. La *kafâla*, o tutela legal del menor que generalmente ha sido abandonado o quedado huérfano, es un medio de protección infantil propio del Derecho musulmán que tiene reconocimiento en los principales convenios internacionales adoptados en materia de protección de la infancia –y progresivamente cada vez más por los sistemas nacionales –. Mediante la *kafâla* una persona individualmente o un matrimonio (*kafil/s*) se hace cargo de un menor (*makful*), a quien garantiza su mantenimiento y educación, pero sin creación de vínculos de parentesco (vínculo por consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio u otra relación estable de afectividad análoga a ésta), en definitiva no confiere derecho a la filiación ni a la sucesión¹. Ello se debe a que el Corán prohíbe que el *makful* se integre en la familia con los mismos apellidos y los mismos derechos sucesorios que los hijos naturales², tan sólo admite que el niño acogido se beneficie de los cuidados materiales y de la educación que le proporciona la nueva familia –si bien de la misma manera que si fuera un hijo³.

Cada Estado reglamenta según sus criterios la configuración específica de esta figura así como sus requisitos formales y modalidades de funcionamiento⁴. Ahora bien, lo que no varía de un sistema a otro es su fundamento y su sujeción a la Ley *Sharia*. Esto justifica la significativa incidencia del factor religioso en esta particular figura de protección del menor: por un lado, únicamente podrán ser *kafil* aquellos que sean musulmanes –pues su misión es educar al menor en el Corán – y, por otro, de lo que se trata es de preservar los lazos de sangre y, en consecuencia, la excusión de la adopción.

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

² *Vid.* versículos 4 y 5 de la Sura XXXIII.

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

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