

# Derechos de los adultos vulnerables en situación transfronteriza: Orden público y adaptación

## Rights of vulnerable adults in cross-border situations: Public policy and adaptation

SALOMÉ ADROHER BIOSCA

*Profesora Propia Ordinaria de Derecho internacional privado  
Universidad Pontificia Comillas*

Recibido: 25.10.2023 / Aceptado:09.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8413

**Resumen:** En un contexto marcado por los que previsibles y necesarios cambios en nuestro Derecho de protección internacional de adultos vulnerables, analizo en este trabajo el relevante Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 330/2022 de 19 de octubre que afronta la aplicación tanto de la excepción de orden público internacional como de la adaptación frente a sistemas jurídicos, como el marroquí, en los que perviven la incapacitación y la tutela de adultos. En relación a esta segunda cuestión haré alusión a dos interesantes sentencias de Tribunales superiores de Justicia que se refieren, novedosamente, al reconocimiento de la kafala de adultos marroquíes vulnerables en sede de Derecho de extranjería. Terminaré con una breve alusión a los problemas de Derecho interregional.

**Palabras clave:** Exequatur, reconocimiento, orden público, adaptación, incapacitación, tutela de adultos Kafala de adultos.

**Abstract:** In a context conditioned by the likely changes in our private international law on protection of vulnerable adults, I analyze the relevant Resolution of the Provincial Court of Barcelona 330/2022 of October 19 facing the non recognition of measures of incapacitation taken in Morocco, because they are against the new Spanish public policy and the adaptation of the guardianship of adults to equivalent institutions in Spanish law. I will also refer to two other resolutions, that give recognition to the kafalah of vulnerable Moroccan adults in the field of immigration law. I will finish with a reference to the problems of the plurilegislative framework in Spain.

**Keywords:** Exequatur, recognition, public policy, adaptation, incapacitation, adults guardianship, kafalah of adults.

**Sumario:** I. Antecedentes de hecho y resolución judicial. II. Cuestiones de Derecho internacional privado. III. Consideraciones finales.

### I. Antecedentes de hecho y resolución judicial

1. El Derecho de protección internacional de adultos vulnerables va a sufrir previsiblemente, en los próximos años, importantes novedades derivadas del paquete legislativo hecho público en mayo del 2023 por la Comisión Europea consistente en dos propuestas; una Decisión del Consejo de la UE autorizando a los Estados miembros a convertirse en partes o seguir siéndolo, en interés de la Unión Europea, de la Convención de La Haya 13 de enero de 2000 sobre protección internacional de adultos

(CHPA)<sup>1</sup>, y un Reglamento en la materia<sup>2</sup>. Hasta ahora, la UE se había limitado a solicitar y urgir a los Estados miembros a ratificar el CHPA, pero esta nueva propuesta combinada parece ya la definitiva<sup>3</sup>.

2. En España, dando cumplimiento a lo exigido por la Convención de Naciones Unidas de Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (CNUDPD<sup>4</sup>), la Ley 8/2021<sup>5</sup> ha supuesto una modificación de gran calado en la regulación de los derechos de las personas con discapacidad en los ámbitos procesal, civil o notarial<sup>6</sup>, pero ha olvidado adaptar las normas del Derecho internacional privado a dicha CNUDPD<sup>7</sup>.

Por ello, y a la espera de que el paquete de medidas de la UE de mayo de 2023 nos conduzca, por fin, a ratificar la CHPA<sup>8</sup>, está siendo la jurisprudencia la que está dando soluciones novedosas y conformes a la CNUDPD en los supuestos que están llegando a los tribunales. Es el caso del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 330/ 2022 de 19 de octubre<sup>9</sup> y de otras dos interesantes sentencias de TSJ a las que aludiré también<sup>10</sup>, que sin embargo, al referirse al reconocimiento de sentencias dictadas en Marruecos, país que tampoco es parte de la CHPA, no se verían afectadas por el nuevo paquete legislativo.

3. Los hechos son los siguientes. El juzgado de primera instancia otorgó en 2021 el exequatur a dos sentencias marroquíes: en la primera de 2016, se declaraba la incapacitación de un marroquí residente en España y se atribuía la tutela a su madre, y en la segunda de 2018, ante el fallecimiento de la madre, se nombraba tutora a la hermana. Ya en ese procedimiento, el Ministerio Fiscal se opuso al reconocimiento alegando que como consecuencia de las últimas reformas, estas resoluciones extranjeras eran contrarias al orden público español. A pesar de ello, el juzgado otorgó el exequatur considerando que no concurría ninguna de las causas de no reconocimiento previstas en el art. 11 del Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia, derecho de visita y devolución de menores, firmado en Madrid el 30-5-1997 (¡!). El Ministerio Fiscal recurrió el Auto por dos razones: aplicación in-

<sup>1</sup> Brussels, 31.5.2023 COM (2023) 281 final. Han sido varios, los estudios sobre la CHPA entre los que destacan: P. FRANZINA, *The Protection of Adults*, Hart Publishing 2022; V. BUNBACA, “The Hague Convention on the Protection of Adults: Plea for and Practice of an ‘Adult Approach’”. *Yearbook of Private international Law*, vol. 23, 2023, pp. 365-392; R. FRIMSTON, A. RUCK KEENE, C. D. VAN OVERDIJK, A. WARD, *The International Protection of Adults* Oxford University Press, Oxford, 2015.

<sup>2</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of measures and cooperation in matters relating to the protection of adults Brussels, 31.5.2023 COM(2023) 280 final. Un comentario a estas propuestas es el de GONZÁLEZ MARIMÓN, M. “Hacia una Unión Europea “de” las personas. Sobre la propuesta de la Comisión Europea sobre la protección de adultos vulnerables en situaciones transfronterizas”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2023), vol. 15, nº 2, pp. 420-445

<sup>3</sup> P. FRANZINA, “La protección internacional de adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la U.E”, *Anuario Español de Derecho Internacional privado*, t. XVI, 2016, p. 130; P. FRANZINA, *La Convenzione dell’Aja sulla protezione internazionale degli adulti nella prospettiva della ratifica italiana* *Rivista di diritto internazionale*, 2015, pp. 748-814

<sup>4</sup> BOE nº 96 de 21 de abril de 2008.

<sup>5</sup> BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021.

<sup>6</sup> M. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, F. LANGELAAN OSSET. “La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Una aproximación crítica a su adaptación al Derecho español y su reflejo en la jurisprudencia” *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2023), Vol. 15, nº 2, pp. 920-941.

<sup>7</sup> C. PARRA RODRIGUEZ, “El cambio de paradigma de la discapacidad. *Anuario español de Derecho internacional privado* nº 21, 2020, pp. 65-88; S. ADROHER BIOSCA, “La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el Derecho internacional privado”. En P.A. MUNAR BERNAT, *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad*. Marcial Pons, Madrid, 2021; pp.157-174.

<sup>8</sup> S. ADROHER BIOSCA, “Firma y ratificación del Convenio de La Haya sobre Protección Internacional de los Adultos de 2000: un reto pendiente para España”. *SEPIN*. Junio 2021. SP/DOCT/11402; S. ADROHER BIOSCA, “La ratificación del Convenio de La Haya sobre protección de adultos de 2000 ante la reforma del Derecho español en materia de discapacidad”. En S. DE SALAS MURILLO, M.V. MAYOR DEL HOYO. *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. Valencia, Tirant lo Blanch 2019, pp. 445-66; M. VARGAS GÓMEZ URRUTIA, “La protección internacional de adultos vulnerables: soluciones del Convenio de La Haya 2000 y argumentos sobre la (necesaria) adhesión de España” en M. HERRANZ BALLESTEROS, N. FEBLES POZO, *Protección de menores y discapacitados*. Colex 2023, pp.164-190.

<sup>9</sup> ECLI:ES: APB:2022:4712A

<sup>10</sup> Sentencias del TSJ de Madrid, núm. 737/2022 de 23 septiembre (ECLI: ECLI:ES: TSJM:2022:11625), y del TSJ de Castilla y León núm. 32/2022 de 4 febrero (ECLI:ECLI:ES:TSJCL:2022:607).

correcta de la normativa internacional e infracción del orden público español. Además, hizo una serie de consideraciones sobre la aplicación del art. 9.6 del CC un tanto desconcertantes, dado que este precepto no es aplicable en relación al reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras. Probablemente el Ministerio Fiscal estaría justificando, como alternativa al no reconocimiento propuesto, la adopción de medidas de apoyo *ex novo* en España y aplicando el Derecho español y de ahí la alusión a este precepto.

4. La Audiencia, en el Auto comentado, corrige al juzgado en la determinación de la norma aplicable al *exequatur* (Convenio bilateral de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 25-6-1997 y Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil, LCJIMC<sup>11</sup>), y centra toda su argumentación en tres cuestiones: valorar si, efectivamente, es contraria al orden público español una sentencia extranjera basada en un sistema jurídico en el que persiste la incapacitación y el nombramiento de un tutor de mayores de edad; aplicar el mecanismo previsto en el artículo 44.4 de la LCJIMC para adaptar la tutela marroquí a la asistencia representativa del Derecho catalán<sup>12</sup>; y finalmente determinar como aplicable al caso el Derecho catalán a través de la adaptación.

## II. Cuestiones de Derecho internacional privado

5. Son por tanto tres las cuestiones que plantea el Auto comentado: el “nuevo” orden público español en materia de discapacidad, el también “nuevo” mecanismo de la adaptación previsto en la LCJIMC y los problemas de Derecho interregional derivados de la aplicación del art. 9.6 del CC.

### 1. Orden público español frente a la incapacitación y nombramiento de tutor previsto en el Derecho extranjero

6. En primer lugar, la Audiencia no considera contraria al orden público internacional español<sup>13</sup> la previsión del Derecho marroquí, insistiendo en el carácter excepcional de esta cláusula<sup>14</sup>, y precisando que el orden público del foro solo puede activarse frente a los efectos de la sentencia extranjera que fueran manifiestamente incompatibles con los principios fundamentales del Derecho del foro<sup>15</sup>. Sin embar-

<sup>11</sup> BOE 182 de 31 de julio de 2015.

<sup>12</sup> “La Audiencia deniega el reconocimiento de la primera sentencia de en tanto declara la incapacitación, pero se mantiene el reconocimiento de la segunda declarando que en lugar de la tutela, corresponde a hermana la asistencia con la misma extensión y ámbito que la tutela, es decir en todos los ámbitos de su vida y con facultades representativas, hasta que sea sustituida o modificada por la resolución que se dicte en el procedimiento instando por la Fiscalía”.

<sup>13</sup> Me refiero al orden público internacional “español” porque, como muy bien señala J. CARRASCOSA GÓNZÁLEZ (“Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, p.15) “el orden público internacional es, realmente una cláusula de “contenido nacional”.

<sup>14</sup> “Pese a que conforme a la legislación española no puede ya declararse la incapacitación de una persona y no puede tampoco constituirse una tutela, la Sala no comparte el criterio del Ministerio Fiscal que sostiene que las sentencias dictadas por los Tribunales de Marruecos son contrarias al orden público. Entendemos que el orden público solo se activa en el caso de una contradicción intolerable entre el resultado de la introducción de una resolución extranjera en el orden jurídico del Estado de destino y en el caso contemplado, aunque no cabe hablar ya de incapacitación, la situación de la persona afectada es tributaria de una medida de protección o ahora de apoyo. (...). En nuestro ordenamiento jurídico en tanto no se proceda a la revisión de las sentencias que limitan la modificación de la capacidad siguen habiendo supuestos en los que la declaración de incapacitación persiste y persiste también la medida adoptada, sea esta la tutela o la curatela. Después de la reforma introducida por la Ley 8/2021 y por el Decreto Ley 19/2021 de 31 de agosto por el que se adapta el Código Civil de Catalunya a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad, deben adaptarse y revisarse las medidas adoptadas conforme a la regulación anterior. Y respecto al régimen transitorio se ha previsto que estas funciones de apoyo se ejerzan conforme a la nueva ley desde su entrada en vigor de manera que los tutores designados bajo el régimen anterior deben ejercer su cargo conforme a las disposiciones de la nueva ley”.

<sup>15</sup> “Entendemos que el control del orden público no debe llevarse a cabo respecto de una determinada institución, sino respecto de los efectos que se derivan de la misma, no consiste en hacer un juicio en abstracto de compatibilidad de instituciones, sino de compatibilidad de efectos (doctrina del efecto atenuado)”. Esta mención al efecto atenuado es oportuna, porque,

go, finalmente realiza un reconocimiento parcial de la sentencia marroquí<sup>16</sup>; no reconoce la parte de dicha sentencia que establece la incapacitación por su contrariedad con el orden público español, pero si la que determina la tutela que, sin embargo, adapta a la asistencia representativa prevista en nuestro Derecho<sup>17</sup>.

7. Esta resolución, pone sobre el tapete el nuevo orden público en esta materia, toda vez que todavía muchos países en el mundo siguen regulando la incapacitación y el nombramiento del tutor<sup>18</sup>, entre ellos, países de los que provienen numerosos extranjeros residentes en España<sup>19</sup>. Así, por ejemplo, a 31 de diciembre de 2022 residían en nuestro país 844.943 marroquíes, 138.204 ecuatorianos y 182.340 venezolanos<sup>20</sup> y en los sistemas jurídicos de estos tres países se prevé la incapacitación y el nombramiento del tutor. En el caso del Derecho marroquí; el libro IV de la Moudawana<sup>21</sup> que se titula “de la capacidad y la representación legal”, prevé la incapacitación<sup>22</sup> y la tutela dativa<sup>23</sup>, figuras que se aplicaron en las sentencias marroquíes objeto de este procedimiento.

8. A día de hoy, la eventual activación del orden público en materia de protección de adultos en sede de Derecho aplicable es más que improbable<sup>24</sup>. El punto de conexión del art. 9.6 del CC tras la reforma operada por Ley 26/2015 ya no es la nacionalidad sino la residencia habitual, coincidiendo con el foro de competencia judicial internacional de la LOPJ, cambio que fue acogido positivamente por la

---

efectivamente, la doctrina del orden público atenuado que generalmente se suscita en sede de Derecho aplicable, en sede de reconocimiento es plenamente aplicable casi siempre. Como se ha señalado “with regard to the recognition and enforcement of decisions, the attenuated effect of ordre public makes a distinction between, on the one hand the reaction of ordre public in the case of acquisition of a right in the forum and, on the other hand giving effect in the forum to a right acquired abroad without fraud according to a law which is applicable”. A. MILLIS, I. THOMAS, “Public Policy. (ordre public)”. J. BASSEDOW, G RÜHL., F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO, (Eds.) *Encyclopedia of private international law*. 2017, EE. p.1458.

<sup>16</sup> El reconocimiento parcial se ha recogido por primera vez, en los artículos 49 y 50.3 de la LCJIMC (Vid por ejemplo el comentario de N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “Reconocimiento y ejecución parcial de resoluciones judiciales extranjeras y orden público en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil. Comentario al Auto de la Audiencia provincial de Guipuzcoa (Sección 2ª, num. 120/2018 de 9 de marzo)”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2019), Vol. 11, nº 1, pp. 834-840), pero ya se aplicaba por los tribunales con anterioridad (puede verse s. ALVAREZ GONZALEZ, “Solicitud de reconocimiento parcial de sentencia extranjera de divorcio. Reconocimiento limitado a la condena al pago de alimentos”. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 55, 2001, pp. 233-248).

<sup>17</sup> “Procede denegar el reconocimiento de la sentencia (...) en tanto declara la incapacitación y dicho pronunciamiento quedaría sin efecto, pero se mantiene el reconocimiento de la sentencia (...). Se reconoce dicha resolución declarando que en lugar de la tutela, corresponde ... la asistencia ... con la misma extensión y ámbito que la tutela, es decir en todos los ámbitos de su vida y con facultades representativas, hasta que sea sustituida o modificada por la resolución que se dicte en el procedimiento instando por la Fiscalía”.

<sup>18</sup> FRIMSTON, RUCK KEENE., VAN OVERDIJK. WARD, .Id.

<sup>19</sup> S. ADROHER BIOSCA, “Derecho aplicable a las medidas de apoyo a la discapacidad en supuestos internacionales”. En M. PEREÑA VICENTE, Y M.M. HERAS HERNÁNDEZ, (Dir.) y M NÚÑEZ NÚÑEZ, (Coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 447-463.

<sup>20</sup> [https://www.inclusion.gob.es/web/opi/estadisticas/catalogo/extranjeros\\_con\\_certificado](https://www.inclusion.gob.es/web/opi/estadisticas/catalogo/extranjeros_con_certificado)

<sup>21</sup> 7 Dahir núm. 1-04-22 de 3 de febrero de 2004 por el que se promulga la Ley 70-03 relativa al Código de la Familia, (BORM núm. 5184, de 5 de febrero de 2004). Destacados comentarios a esta ley: M.P. DIAGO DIAGO, “La nueva mudawana marroquí y el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LVI, nº 2, 2004, pp. 1078-1083; G. ESTEBAN DE LA ROSA, (Dir). *La nueva Moudawana marroquí; entre la tradición y la modernidad*. Junta de Andalucía 2005. El Código de familia marroquí se encuentra actualmente en proceso de revisión.

<sup>22</sup> Artículo 220. “La persona que perdió la razón, el pródigo y el deficiente mental son declarados incapaces por decisión del Tribunal, a partir del momento en que se establece que se encuentran en este estado. Recuperarán la capacidad, de acuerdo con las normas previstas en el presente Código, a partir de la fecha en la que hayan desaparecido las causas que determinaron la incapacitación”. Artículo 221. “La decisión que limita o restablece la capacidad se pronunciará a petición del interesado, del Ministerio Fiscal o de cualquier persona interesada”.

<sup>23</sup> Artículo 244: “En ausencia de la madre o del tutor testamentario, el juzgado nombrará un tutor dativo para el incapaz, eligiéndolo entre los parientes próximos más aptos (Âsaba). En su defecto, el tutor dativo deberá elegirse entre los demás parientes próximos y, sino, entre terceros. El juzgado podrá nombrar dos o más tutores dativos en interés del incapaz. En este caso, establecerá las competencias de cada uno de ellos. Los miembros de la familia, los solicitantes de la incapacitación y cualquier persona interesada podrán proponer un candidato como tutor dativo. El juzgado podrá, en caso de necesidad, nombrar un tutor dativo provisional”.

<sup>24</sup> Un estudio clásico en la materia es el de M. AGUILAR NAVARRO, “El orden público en el Derecho internacional privado”. *REDI* vol 6, nº 2 (1953) pp 33-81.

doctrina<sup>25</sup>. Por tanto, en las demandas de medidas de apoyo presentadas en España respecto de extranjeros residentes aquí, se aplicará el Derecho español. Esto es precisamente, lo que plantea el Ministerio fiscal en el recurso del caso analizado. Por otra parte, en estos supuestos, la posible aplicación del 9.1 si se solicitara en España una incapacitación de un extranjero cuya ley nacional contemple esta figura, es hoy prácticamente impensable<sup>26</sup>, aunque alguna sentencia anterior a la Ley 8/2021 así lo hiciera<sup>27</sup>.

9. Sin embargo, como sucede en el Auto analizado, la activación del orden público en sede de reconocimiento es previsible que se plantee. Y en este ámbito, debe aplicarse la doctrina del orden público atenuado, toda vez que, salvo casos de *fórum shopping*, siempre nos encontramos, como en este Auto, con situaciones ya constituidas legalmente en el extranjero<sup>28</sup>. La pregunta, entonces, es la siguiente: ¿Son realmente contrarias al orden público español la incapacitación y la tutela de adultos?<sup>29</sup>.

10. Podría argumentarse que la Constitución española no ha cambiado, y una mera reforma de legalidad ordinaria no afecta al sistema de derechos y libertades individuales que están en juego al aplicar la excepción del orden público internacional. Hace dos años en España era posible incapacitar a una persona y por tanto, la reforma civil no debe implicar que, frente a un Derecho extranjero que prevea esta figura, deba activarse la excepción de orden público que debe tener una aplicación restrictiva y solo cuando la aplicación de ese Derecho extranjero suponga una vulneración manifiesta de derechos y libertades fundamentales. Es esto precisamente lo que argumenta la Audiencia de Barcelona.

11. Sin embargo cabe considerar que estamos ante un nuevo sistema jurídico regulador de los derechos de las personas con discapacidad previsto en un instrumento internacional de Derechos humanos, como es la CNUDPD que exige el respeto tanto a la dignidad y la autonomía individual, como a la no discriminación (art. 2)<sup>30</sup>. Además, el art. 12.2 señala que *los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*. Creo que este nuevo marco jurídico internacional de derechos de las personas con discapacidad abocará a los tribunales españoles, con toda probabilidad, a considerar contrario al orden público español el reconocimiento en España de una sentencia extranjera que modifique la capacidad o incapacite a una persona, como ha sucedido en este caso. Los principios del orden público no son solo los recogidos en la Constitución, sino también en la normativa internacional de Derechos humanos<sup>31</sup>, y el orden público no debe concebirse tanto como un orden público de dirección sino de protección de los derechos humanos<sup>32</sup>. Sin embargo, como señalaré a continuación, el tratamiento de la tutela extranjera puede tener mejor acomodo en la figura de la adaptación, ya que el orden público debe ser restrictivo y

<sup>25</sup> M. GUZMÁN ZAPATER, “Persona física” en P. ABARCA JUNCO ET AL., *Derecho internacional privado*, UNED, Madrid, 2016, p. 426; A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA RODRÍGUEZ, *Derecho internacional privado*, Vol II, Granada, Comares, 2016; M. ÁLVAREZ TORNÉ, “Current Issues in the protection of adults from the perspective of private international law”. *Revista electrónica de estudios internacionales* 32, 2016, p. 16; A. MUÑOZ FERNÁNDEZ, “Intervención pública y autonomía de la voluntad en la protección internacional de los incapaces”, *Persona y Derecho*, núm. 72, 2015, p. 289 y 295; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo”. *REDI* vol. 68, nº 2, 2016, pp. 157-182.

<sup>26</sup> S. ADROHER BIOSCA, “Derecho aplicable ...” op. cit. y L. S. HEREDIA SÁNCHEZ *Efectos de la plurinacionalidad en el estatuto personal. Problemas prácticos y soluciones*. Aranzadi 2023.

<sup>27</sup> Sentencia del Juzgado nº 95 de Madrid de fecha 29 de junio del 2018.

<sup>28</sup> Para el concepto y las consecuencias del orden público atenuado, puede verse CARRASCOSA GÓNZÁLEZ, J. “Orden público internacional y externalidades negativas... op cit, pp. 30 y ss.

<sup>29</sup> En relación con el orden público en esta materia resulta imprescindible el trabajo de GOÑI URRIZA, N. “La reforma en Derecho Internacional Privado”, en LLEDÓ YAGÜE, F./FERRER VANRRELL MP./EGUSQUIZA BALMASEDA MA./LÓPEZ SIMÓ, F. (Dir.), *La reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad (Comentario sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio)*, Dykinson, 2022, pp:137-167, en particular las pp. 157 a 159, 162 y 163.

<sup>30</sup> Y por discriminación por motivo de la discapacidad entiende “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

<sup>31</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA RODRÍGUEZ, (Dir.) *Tratado de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.943.

<sup>32</sup> Id.

proporcionado<sup>33</sup>; y en este sentido, la diferencia que establece la sentencia respecto a la incapacitación y la tutela, es muy oportuna, reconociendo parcialmente la sentencia marroquí.

## 2. La adaptación y sustitución de instituciones extranjeras desconocidas

12. La LCJIMC prevé en el art. 44.4 la posibilidad de reconocer una sentencia extranjera que aplique una institución desconocida en el ordenamiento jurídico español mediante su adaptación a una institución prevista en el Derecho español que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares. Aunque se ha señalado que ante las instituciones jurídicas desconocidas se hace “imprescindible la excepción del orden público internacional”<sup>34</sup>, no siempre esa es, ni debe ser, la reacción del foro ante una institución extranjera desconocida y el caso analizado es buena prueba de ello; el orden público se plantea frente a una institución desconocida y “aborrecida”, y por tanto en este caso se activa frente a la incapacitación pero no a la tutela. De todas maneras deberíamos precisar que no nos encontramos estrictamente ante a una institución desconocida, sino desaparecida del Derecho español en lo que a adultos se refiere, pero que persiste en relación a los menores.

13. La adaptación y sustitución en la doctrina clásica, han sido mecanismos referidos fundamentalmente al ámbito del Derecho aplicable, vinculados a la deseable coordinación de sistemas<sup>35</sup> y así fueron estudiados por la doctrina española a pesar de que no existía regulación en España al respecto<sup>36</sup>. Sin embargo, la equivalencia de instituciones nació en Francia en el ámbito del reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras en el que el control del Derecho aplicable en sede de reconocimiento tenía como matización o excepción, precisamente, la equivalencia de resultados<sup>37</sup>. El Instituto de Derecho internacional adoptó en 2007 una Resolución en la que recogen los principios que rigen la sustitución y la equivalencia y que son muy útiles en la aplicación de esta figura prevista en nuestras leyes, y es que, a pesar de que la LCJIMC se refiere a la adaptación, este término, engloba ambas figuras<sup>38</sup>.

Hoy, se ha dicho, la LCJIMC la introduce *ex novo* en nuestro sistema jurídico, no solo en relación al exequatur, sino también en lo relativo al reconocimiento notarial y registral de documentos extranjeros (arts. 57 y 61)<sup>39</sup>. Esta previsión responde a la “incorporación” del Derecho de la UE, toda vez que es una copia, casi literal del art. 54 del Reglamento Bruselas I bis<sup>40</sup>, texto legal que “hunde a su

<sup>33</sup> Id.

<sup>34</sup> D. CARRIZO AGUADO, Y A.P. SCHWEINBACH, “La excepción del orden público internacional: estudio comparado entre el sistema español y alemán en supuestos de divorcio”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2021), vol. 13, nº 2, p. p. 520.

<sup>35</sup> E. JAYME, (rapporteur) “La substitution et le principe d’équivalence en droit international privé”. *Annuaire de l’Institut de droit international*, vol. 72, 2007, pp. 1-94; S. GODECHOT-PATRIS, “Retour sur la notion d’équivalence au service de la coordination des systèmes”. *Revue critique de droit international privé* 2010/2, nº 2, pp 271 à 312

<sup>36</sup> N. BOUZA VIDAL, *Problemas de adaptación en derecho internacional privado e interregional*. Tecnos 1977.

<sup>37</sup> JAYME, op. cit. p. 9

<sup>38</sup> Transcribo por su interés los 4 primeros capítulos (JAYME, op. cit. p. 93)

*Article 1 Substitution allows a legal relationship or act originating in a given State to entail all or part of the effects attached to a similar relationship or act under the law of another State.*

*Article 2 Equivalence is the decisive requirement in matter of substitution. It is based on a functional comparison between the rules of the law governing the effects of the legal relationship or act and the rules of the law under which the legal relationship or act was created.*

*Article 3 Substitution does not require the laws under consideration to be identical; a similarity between the aims and interests respectively pursued by those laws is sufficient.*

*Article 4 Equivalence is determined according to the law applicable to the effects of the legal relationship or act which is the object of the comparison. The possibility and scope of substitution are determined by that same law.*

<sup>39</sup> Así se señala en el Preámbulo: “Se regula por primera vez la necesidad de adaptar las medidas contenidas en la sentencia extranjera que fueren desconocidas en el ordenamiento español. Conforme establece el artículo 44.4 se adoptará en dicho caso una medida propia del Derecho español que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad o intereses similares, si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen. Habida cuenta que se trata de una operación delicada y difícil, cualquiera de las partes podrá impugnar la adaptación realizada”.

<sup>40</sup> Reglamento (UE) nº 1217/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

vez sus raíces en la legislación y jurisprudencia comunitaria”<sup>41</sup>. Sin embargo, ya había un antecedente en Derecho español: la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional la previó en relación al reconocimiento de otras medidas de protección de menores distintas de la adopción y ha habido jurisprudencia desde entonces aplicando dicha figura<sup>42</sup>.

**14.** Como se ha señalado, la adaptación se lleva a cabo a través de la técnica de la sustitución de una institución del Derecho del foro conocida y con efectos equivalentes y con finalidad e intereses similares, lo que supone que el juez español deberá conocer el Derecho extranjero aplicado en la sentencia, para valorar la finalidad, intereses y efectos de la institución extranjera que va a ser sustituida<sup>43</sup>. En ese sentido, se ha dicho que esta figura no implica que jueces, notarios o registradores se conviertan en “creadores de figuras jurídicas que no existen en nuestro ordenamiento, pero tal vez sí en moldeadores de las existentes como forma de cumplir con el mandato constitucional de asegurar la eficacia plena de las resoluciones judiciales que la merezcan”<sup>44</sup>.

**15.** A pesar de que la aplicación de este precepto tiene su ámbito material de aplicación fundamental en relación a las medidas previsionales y cautelares y la ejecución de condena<sup>45</sup>, las todavía escasas resoluciones judiciales dictadas hasta el momento, lo han sido en materia de Derecho de persona, familia y menores. Son dos las resoluciones en apelación publicadas hasta el momento, y una tercera de primera instancia. La Audiencia provincial de Barcelona, ha dictado, además de la que estudiamos, el Auto núm. 294/2018 de 14 mayo<sup>46</sup> en el que se solicitaba el reconocimiento y ejecución de una resolución dictada por un Tribunal de Guinea que acordaba la delegación de la responsabilidad parental de una niña por parte de sus padres a su tío. Esta figura no está prevista en el Derecho español, pero la Audiencia la adapta a la figura equivalente española (del CC catalán) de la guarda de hecho con funciones tutelares<sup>47</sup>.

La tercera resolución judicial en la que se aplica el mecanismo de la adaptación es el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº6 de San Sebastián de 19 de febrero de 2020 en el que se reconoce una sentencia dictada por un tribunal de Uganda que acuerda la constitución de la tutela de un menor en

<sup>41</sup> F. GARAU SOBRINO, A. RENTERÍA AROCENA, “Capítulo II. Del Reconocimiento”. En F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, G. PALAO MORENO, (Dir.). *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*. Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 487.

<sup>42</sup> Regulada en su artículo 34 en el que se regulan los “efectos legales en España de las decisiones relativas a instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación acordadas por autoridades extranjeras”. En él se establece 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 se equiparán al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, regulados en el derecho español, si concurren los requisitos siguientes: 1.º Que los efectos sustanciales de la institución extranjera sean equivalentes a los del acogimiento familiar o, en su caso, a los de una tutela, previstos por la ley española (...). En aplicación de este precepto ha habido resoluciones judiciales diversas. Es el caso, por ejemplo, del Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 6 de julio 2018 (ECLI: ECLI:ES:APCE:2018:153A).

<sup>43</sup> Ibid 489. Puede verse el estudio sobre la aplicación del mecanismo de la equivalencia en el Derecho suizo en relación a las parejas no casadas. I. PRETELLI. “Equivalence ete reconnaissance du statut civil des personnes faisant ménage a deux”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, pp. 8-31.

<sup>44</sup> F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2015, Vol. 7, Nº 2, pp. 165.

<sup>45</sup> GASCÓN INCHAUSTI, Ibid. 163-4.

<sup>46</sup> ECLI:ECLI:ES:APB:2018:2488A

<sup>47</sup> “Siendo desconocida en nuestro ordenamiento la delegación de la potestad parental por ambos progenitores, debe adaptarse a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares como previene el art. 44,4 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional. Los apelantes solicitan la constitución de la tutela. La resolución apelada ha acordado la guarda de hecho con funciones tutelares de la menor por parte de los instantes. No puede constituirse la tutela porque la resolución extranjera no implica privación de la potestad parental a los progenitores, sino delegación o atribución de las funciones propias de la potestad parental a los tíos de la menor. A diferencia de lo que se alega en el recurso, la menor está sometida o en potestad parental y el art. 222-1 CCC permite la constitución de la tutela respecto a menores no emancipados. (...) La suspensión de la potestad parental implica la asunción por los familiares a quien se ha atribuido la guarda de todas las funciones propias de la potestad parental, incluida la de representación legal. Su contenido es análogo al de la tutela en tanto comprende todas las funciones de la misma. Y esta es la institución jurídica de nuestro ordenamiento jurídico a la que se adapta el contenido de la resolución extranjera que se ha reconocido, ya que la delegación contenida en dicha resolución de los padres a los tíos paternos respecto a la hija menor se hace para que los tíos puedan ejercer la patria potestad sobre su hija en España, sin limitación de las funciones que la integran”.

favor de un matrimonio de nacionalidad y residencia española sin que los padres hayan sido privados de la patria potestad. Probablemente se trata de una figura similar a la prevista en el Derecho guineano<sup>48</sup>.

16. En el caso que analizamos, la tutela dativa se regula en los artículos 244 y siguientes del Código de Familia de Marruecos (nombramiento, representación legal, obligaciones, rendiciones de cuentas y actos que puede realizar) y su equivalencia en nuestro ordenamiento jurídico, después de la reforma, es la asistencia representativa del Derecho catalán (así lo señala la Audiencia<sup>49</sup>) o la curatela del CC español.

17. En estrecha relación con este caso, es oportuno mencionar aquí las dos resoluciones de TSJ ya citadas<sup>50</sup>, en las que se plantea el efecto probatorio de dos sentencias marroquíes que constituyen una kafala de mujeres dependientes (una madre y una hermana) de otras dos mujeres marroquíes residentes en España. Estas últimas solicitan la reagrupación familiar de su madre y su hermana, respectivamente, y, como prueba de que están a su cargo, aportan una resolución marroquí de kafala. En la del TSJ de Castilla León, la Delegación del Gobierno deniega a la madre la tarjeta de familiar comunitario, dado que el régimen aplicable era el de comunitarios toda vez que la hija ya tenía la nacionalidad española; el TSJ le reconoce el derecho a dicha tarjeta y, entre otros medios de prueba de la dependencia, reconoce efectos probatorios a la kafala<sup>51</sup>. En la del TSJ de Madrid, se aplica el régimen general de extranjería dado que la reagrupante no tiene la nacionalidad española, y de la misma manera la dependencia se prueba con una kafala, por ello el TSJ resuelve positivamente la concesión del visado por reagrupación familiar<sup>52</sup>.

En ambos casos no estamos ante un reconocimiento de resoluciones extranjeras (actas de kafala) sino de que las mismas desplieguen efectos probatorios de la relación familiar, y dependencia no solo económica, sino de cuidados que ellas establecen. Es oportuno recordar aquí que no es preciso el exequatur en estos casos como bien ha señalado el TS<sup>53</sup>, y llamar la atención que, frente a la numerosísima jurisprudencia español y extranjera que analiza los efectos de la kafala judicial o notarial de menores en el ámbito de la extranjería, estas dos sentencias abren un nuevo tema, las kafalas de adultos, apenas estudiadas pero que previsiblemente, tendrán cada vez más impacto en el futuro por razones puramente demográficas.

### 3. La protección internacional de adultos y el Derecho interregional

18. La última cuestión suscitada por este Auto es la relativa al Derecho interregional. Por una parte, se apunta que “como señala el Ministerio Fiscal la legislación aplicable en virtud del art. 9.6 CC es la legislación catalana y señala que ya ha iniciado trámites para regular la situación de la persona

<sup>48</sup> Un comentario al mismo es el de L. ALVAREZ AGOUÉS, “De la tutela en origen a la guarda de hecho en destino: reconocimiento de la institución desconocida. A propósito del Auto nº 209/2020 (procedimiento de exequatur) del juzgado de primera instancia nº 6 de San Sebastián”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, nº 2, pp. 859-870

<sup>49</sup> “La tutela en nuestro ordenamiento jurídico ha quedado limitada a personas menores de edad, pero la tutela acordada en la sentencia cuyo reconocimiento solicitan puede equipararse a la asistencia de los arts. 226-1 y siguientes CCC más si tenemos en cuenta el régimen transitorio establecido. En definitiva, la situación de tutela que se recoge en la segunda de las resoluciones cuyo reconocimiento solicita la apelante es equiparable a la asistencia representativa del Derecho Civil Catalán. La primera de las sentencias describe la situación de dependencia de la persona afectada, situación de dependencia que la hace tributaria de una asistencia representativa en todos los aspectos de su vida, personales y patrimoniales”.

<sup>50</sup> Sentencias del TSJ de Madrid, núm. 737/2022 de 23 septiembre (ECLI: ECLI:ES: TSJM:2022:11625), y del TSJ de Castilla y León núm. 32/2022 de 4 febrero (ECLI:ECLI:ES:TSJCL:2022:607).

<sup>51</sup> “En los últimos años es la referida hija la que tanto personal como económicamente se hace cargo de su madre, como lo corrobora que desde el año 2020 tenga la “kafala” de su madre para que la cuide y la proteja, de conformidad con la resolución adoptada al respecto por el Presidente del Consejo de la Comuna de Tánger”.

<sup>52</sup> “Deviene decisiva la circunstancia de que ha sido la propia Subdelegación del Gobierno la que ha constatado la existencia de un acta de kafala y, con base en la misma, ha avalado el que se esté en presencia de una representación de la reagrupada por parte de la reagrupante. En consecuencia, solo cabe concluir que concurren todas las exigencias que para la obtención del visado demanda el artículo 17,1 c) LOEX”.

<sup>53</sup> S. ADROHER BIOSCA, “Exequatur de la sentencia de divorcio de reagrupado o reagrupante como condición para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar? La relevante doctrina legal del Tribunal Supremo de 2022”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2023, vol. 15, nº 1, pp. 899-906.



afectada”; es decir, el Ministerio público ha iniciado en España un procedimiento judicial al amparo de nuestras normas de Competencia judicial internacional y de Derecho aplicable. Por otra, y en el *interin*, la Audiencia reconoce parcialmente la segunda sentencia marroquí adaptando la tutela a la medida equivalente del Código civil catalán.

19. Como es sabido, el artículo 16.1 del Código Civil señala que los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional, se resolverán según las normas contenidas en el Capítulo IV, pero evidentemente se está refiriendo a los conflictos meramente internos, no a los que tienen elementos de extranjería como es este caso. En el tema que nos ocupa, el art. 16 remite a la solución prevista en el art. 9.6 del CC, ya analizada. ¿debe equipararse entonces la vecindad civil a la residencia habitual?. La cuestión no es pacífica ya que el propio CC en sus artículos 14 y 15 señala que solo tienen vecindad civil los españoles, y en el caso analizado, se trata de un marroquí.

Se ha señalado por muchos autores que la reglamentación del CC en relación a los conflictos de leyes en el ámbito interregional es caduca<sup>54</sup> y plantea no solo problemas en relación a casos como el presente sino también en la aplicación de los Reglamentos europeos que mayoritariamente toman en cuenta la residencia habitual como punto de conexión fundamental en materia de determinación del derecho aplicable y también como foro de competencia judicial internacional<sup>55</sup>.

Los tribunales, singularmente la AP de Barcelona tanto en este caso como en otros<sup>56</sup>, han equiparado residencia habitual con vecindad civil. Sin embargo, algunos autores son críticos con esta solución ya que consideran que la residencia habitual, a efectos interregionales, es más volátil que de la vecindad civil<sup>57</sup>.

### III. Consideraciones finales

20. El caso analizado, y el resto de casos referenciados, muestran con claridad que el cambio de paradigma del Derecho de la discapacidad, tiene un impacto directo en las soluciones del Derecho internacional privado.

Más allá de la necesaria adaptación del mismo de acuerdo con la propuesta de la UE, en relación a países terceros y a sistemas de protección de adultos basados, todavía, en la incapacitación y nombramiento de tutor, el Auto analizado muestra un nuevo ámbito para el orden público internacional español, que, si bien ya no se planteará en sede de derecho aplicable, si podrá hacerlo en sede de reconocimiento,

<sup>54</sup> S. ALVAREZ GONZALEZ, “Derecho interregional y Constitución”. *Revista jurídica de les Illes Balears*, nº 22, julio 2022.

<sup>55</sup> F.GARAU JUANEDA. “La integración del Reglamento europeo en materia sucesoria en el Derecho interregional español”. *Bitácora Millenium DIPR* nº 2, 2015.

<sup>56</sup> Así lo recoge la sentencia de la AP de Barcelona (sección 18ª) 466/2017 de 24 de mayo (ECLI: ECLI:ES:APB:2017:4916): “En cuanto al nombramiento del Administrador Patrimonial, y en cuanto a la alegación de la Asistencia Letrada del Sr. Arsenio, hay que tener en cuenta que el art. 9.6 Código Civil, al que se remite el art. 16 para resolver los conflictos de leyes interterritoriales, en su redacción vigente en el momento del dictado de la sentencia que es cuando se acuerda el nombramiento de tutor, según reforma por Ley 26/2015 de 28 de julio, se remite a la Ley de residencia habitual. Es de aplicación por tanto, la legislación de Cataluña”. En el mismo sentido la sentencia de la AP de Barcelona 503/2022 de 5 de octubre de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:12523), El art. 16 del Código Civil se remite a las normas contenidas en el capítulo IV para resolver los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional. El art. 9 que regula la norma de conflicto para determinar la ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad establece como ley aplicable la de la residencia habitual y añade que en caso de cambio de residencia se aplicará la ley de la nueva residencia habitual. En cualquier caso, tanto la normativa sobre medidas de apoyo del Código Civil, como la normativa del Codi Civil Catalán, se funda en la necesidad y conveniencia de respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona afectada. De conformidad con el art. 9 del CC y teniendo en consideración que se autoriza el traslado de la Sra. Consuelo a Murcia, lo que supone un cambio de residencia, procede constituir la medida de apoyo regulada en el Código Civil que es la ley aplicable en Murcia donde el Sr. Landelino pasa a desempeñar el cargo, es decir, la curatela en lugar de la asistencia. Corresponde al curador adoptar las medidas pertinentes para realizar el traslado de su madre desde Barcelona a Murcia, lo que comunicará a la Fundación que ha sido designada como asistente en este procedimiento, cuyo cargo se mantiene hasta que se materialice el traslado.

<sup>57</sup> P. DIAGO DIAGO, “La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas”. *Diario La Ley*, Nº 9779, Sección Doctrina, 27 de enero de 2021.

atenuando con toda probabilidad sus efectos al encontrarnos ante situaciones ya creadas el extranjero y sin fraude.

Por otra parte, el Auto es un muy buen ejemplo de los mecanismos de la adaptación, sustitución y equivalencia de resultados, relativamente nuevos en el Derecho español, y con un recorrido jurisprudencial, salvo en el ámbito de la adopción internacional, todavía escaso.

Al hilo de esto último, he traído a colación dos casos de kafalas de adultos. Si la tutela dativa es la institución aplicable en Marruecos en caso de discapacidad, la kafala sería la figura equivalente al cuidador familiar previsto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia o a la guarda de hecho, institución de largo recorrido pero modificada por la Ley 8/2021. Será interesante advertir el tratamiento que esta figura propia del Derecho islámico y largamente estudiada en cuanto a sus efectos en España cuando el makfoul es un niño, va a tener en relación a los adultos vulnerables.

Finalmente, en este tema, como en otros, queda pendiente una solución adecuada y actualizada de las normas reguladoras del Derecho interregional español y su aplicación en los casos transfronterizos, como también pone de relieve este Auto, no solo en el ámbito del Derecho aplicable, sino también en el del reconocimiento de las resoluciones extranjeras y la adaptación de las mismas a figuras equivalentes previstas en el Derecho español común o foral/autonómico.