



Roj: **AAP B 4271/2020 - ECLI: ES:APB:2020:4271A**

Id Cendoj: **08019370182020200170**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **10/06/2020**

Nº de Recurso: **150/2020**

Nº de Resolución: **220/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER PEREDA GAMEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294459

FAX: 938294466

EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801542120198135648

Recurso de apelación 150/2020 -F

Materia: Adopción

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 8 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: Adopción 460/2019

Parte recurrente/Solicitante: Pedro Miguel , Herminia

Procurador/a: Lluís Garcia Martinez, Lluís Garcia Martinez

Abogado/a: Mónica OLMEDO MUÑOZ

Parte recurrida:

Procurador/a:

Abogado/a:

AUTO Nº 220/2020

Barcelona, 10 de junio de 2020

Magistrados:

D. Francisco Javier Pereda Gámez (Ponente) D^a Margarita B. Noblejas Negrillo

D^a Ana M^a García Esquiús

Rollo de Apelación n.:150/2020

Objeto del recurso: inadmisión a trámite de demanda de adopción

Motivo del recurso: procedencia de una adopción derivada de una kafala

ANTECEDENTES DE HECHO

1. RESUMEN DEL PLEITO DE PRIMERA INSTANCIA



El día 7 de junio de 2019 los Sres. Pedro Miguel y Herminia presentaron solicitud de adopción del menor Bienvenido, nacido en Tánger, de padres desconocidos, abandonado, y cuya kafala les fue concedida en 2016 por el Tribunal marroquí. Relatan que, casados en 1995, cumplen los requisitos para adoptar y que el menor está integrado en su entorno. Entienden que no es necesaria la propuesta de la entidad pública.

El Ministerio Fiscal sostiene que no es necesaria una declaración previa de idoneidad.

El Auto recurrido, de fecha 21 de octubre de 2019, entiende que, conforme a los arts. 19 de la Ley 54/2007, de Adopción internacional (LAI) y 235-44.4 CCCat es preciso el certificado de idoneidad de la entidad pública (dice que no es el caso de nuestro AAP de 28 de mayo de 2018). Por todo ello inadmite a trámite la demanda.

2. CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO

Los recurrentes sostienen que la Generalitat no interviene en los procedimientos de kafala y acompaña oficio de la ICAA de 30 de octubre de 2019.

3. TRÁMITES EN LA SALA

El asunto presenta diligencia de reparto de fecha 5 de marzo de 2019. No se ha practicado prueba ni se ha celebrado vista. La deliberación y votación de la Sala se ha señalado para el día 26 de mayo de 2020 y se ha llevado a cabo por videoconferencia durante el periodo de Estado de Alarma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. LA KAFALA COMO INSTITUCION DE PROTECCIÓN

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en su art. 20 reconoce el derecho de los menores a la protección y asistencia especiales del Estado, de conformidad con las normas nacionales de éste, y entre esos cuidados reconoce la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores.

El art. 23.1 LAI reconoce la kafala como "medida de protección" en España, lo que significa que siempre se puede pedir el reconocimiento de la kafala, el efecto legal en España de la decisión judicial extranjera que la constituye (y también de la kafala intrafamiliar), como institución de protección de menores, aunque no produzcan vínculos de filiación (art. 34 LAI).

El Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, sobre 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 su art. 3 e) recoge la kafala como medida contemplada en el Convenio (y el art. 33, como acogimiento en otro país), aunque este Convenio no regule la adopción como parte de su ámbito material (excluida expresamente en art. 4 b).

La Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales, aclara que la kafala del Derecho de los países de inspiración coránica es una institución que no crea un vínculo de filiación entre el "kafils" o persona que asume la "Kafala" del menor y este último, y que se limita a fijar una obligación personal por la que los adoptantes se hacen cargo del adoptando y se obligan a atender su manutención y educación, de forma similar a la situación de acogimiento o prohijamiento del Derecho español (cita Resoluciones de 14 mayo 1992, 18 octubre 1993, 14 mayo 1992, 13 octubre 1995, 25 abril 1995, y 27-5.ª de febrero y 21 de marzo de 2006).

"En efecto -dice la Circular-, el Derecho islámico clásico no regula ninguna institución como la adopción plena del Derecho español, esto es, equiparando la posición jurídica del hijo adoptivo con la propia de la filiación natural en cuanto a la creación de vínculos de parentesco y cambio subsiguiente en el estado civil de las personas. Ello se debe a que el Corán prohíbe que el hijo adoptivo se integre en la familia con los mismos apellidos y los mismos derechos sucesorios que los hijos naturales (vid. versículos 4 y 5 de la Sura XXXIII), tan sólo se admite que el niño acogido, que no adoptado, se beneficie de los cuidados materiales y de la educación que le proporciona la nueva familia de acogida. No se producen, en consecuencia, ni la modificación del orden sucesorio en la herencia causada por cualquiera de los miembros de la nueva familia, ni el nacimiento de vínculo de parentesco alguno ni, en consecuencia, impedimentos para el matrimonio (cfr. arts. 121 a 123 del Código de Familia argelino, y arts. 83.3 de la "Mudawana" marroquí y arts. 2 y 17 del "Dahir" n.º 1-02-172 de 13 de junio de 2002 relativo a la promulgación de la Ley n.º 15-01 relativa a la toma a cargo -"kafala"- de niños abandonados)". Y añade esta Resolución que ni la "kafala", ni las "adopciones simples" serán reconocidas en



España como propias adopciones, pero pueden ser reconocidas con efectos similares a los de un acogimiento familiar.

En suma, la kafala es una medida de protección de menores expresamente reconocida en normas internacionales y en consecuencia, garantiza la vida familiar de los menores, más aún, cuando el art. 34 LAI articula mecanismos para asimilarla a otras medidas de protección de menores previstas en el Derecho español, como son el acogimiento y la tutela. El art. 21. c) del Convenio de Nueva York ordena a los Estados contratantes velar por que "el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen" y, como expone el oficio del ICAA que se acompaña con el recurso, la "kafala" equivale a un acogimiento.

Pero la pretensión de los actores no es de reconocimiento de la kafala, sino de adopción plena del menor.

2. LA PROHIBICION DE ADOPCION PROCEDENTE DE KAFALA

Como hemos explicado en el AAP, Civil sección 18 del 28 de mayo de 2019 (ROJ: AAP B 3237/2019 - ECLI:ES:APB:2019:3237A), "la ley española sólo ofrece dos posibles soluciones a los ciudadanos que constituyen una *kafala* en un país islámico: el reconocimiento, sin más pretensiones, a través del artículo 34 LAI o la constitución de una nueva adopción en España conforme a la ley española.

El punto de partida ha de ser el art. 235-44.4 CCCat, que permite al juez decretar de forma excepcional la adopción en relación con menores procedentes de países que no contemplen la adopción ni ninguna otra institución equivalente, cuando se encuentren en situaciones equiparables al acogimiento o a la tutela que se hayan constituido en el **extranjero** con finalidad protectora permanente. En tal caso, son requisitos imprescindibles que la constitución de la adopción sea necesaria para el interés del menor, *que lo permitan las normas de Derecho Internacional privado aplicables* y que la entidad pública competente de la residencia de la familia emita el certificado de idoneidad respecto a la persona o personas que lo tienen confiado y solicitan su adopción.

Centrados en el segundo punto (la permisión de las normas de Derecho internacional privado), no es aplicable la anterior jurisprudencia de esta Sala, que había permitido la adopción procedente de kafala (AAP, Civil sección 18 del 27 de junio de 2011 (ROJ: AAP B 4599/2011 - ECLI:ES:APB:2011:4599A), AAP, Civil sección 18 del 30 de octubre de 2008 (ROJ: AAP B 7264/2008 - ECLI:ES:APB:2008:7264) y AAP, Civil sección 18 del 08 de julio de 2008 (ROJ: AAP B 4760/2008 - ECLI:ES:APB:2008:4760A), pues tales resoluciones son previas a la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que introdujo el nuevo art. 19.4 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (LAI).

Las normas de conflicto tienen carácter imperativo (art. 12.6 C.c.), por lo que el Derecho **extranjero** designado por ellas debe ser aplicado obligatoriamente por los jueces y tribunales españoles, salvo que opere la excepción de orden público internacional (art. 12.3 C.c.), lo que no acontece, pues no existe un derecho a adoptar o a ser adoptado y toda vez que no siempre es la adopción la institución de protección mejor.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, aclara en su Preámbulo que se introduce el art. 19.4 para establecer la "imposibilidad de constituir adopciones de menores cuya ley nacional las prohíba, con alguna matización, para evitar la existencia de adopciones claudicantes que atentan gravemente a la seguridad jurídica del menor". Se ha entendido por alguna resolución judicial que, frente al texto articulado, la "matización" permitiría que, aunque la adopción pudiera ser perjudicial por no ser reconocida según la ley nacional del adoptando en su país de origen, sería posible en interés del menor. Pero el apartado 4 del art. 19 LAI, la prohíbe categóricamente al establecer que "[e]n el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se *denegará* la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública". El texto deja, pues, claro que la adopción no es posible y hay que recordar que el Preámbulo de las leyes, "no tiene valor normativo", sino que, simplemente, constituye "un elemento a tener en cuenta en su interpretación" (SSTC 36/1981, 222/2006, 31/2010).

No hay duda del desencaje sistemático de párrafo 4, pues este apartado no puede impedir la constitución de la adopción si se cumplen los presupuestos del art. 19.1 LAI (que en el momento de la adopción el menor resida ya en España). Pero la intención del legislador es clara, la de impedir, en todo caso, la constitución ante las autoridades españolas de una adopción respecto de un menor cuya ley nacional la prohíba o no la contemple. Lo lógico hubiera sido incorporar esta regla en un precepto independiente, fuera del art. 19 LAI, para, de este modo, desvincularla de los requisitos del art. 19.1 LAI, pero, *de lege data*, la aplicación de la ley nacional del adoptando no puede rechazarse ni tan siquiera con arreglo al art. 19.2 LAI.

La reforma surge del pacto entre los Gobiernos de España y Marruecos para evitar las kafalas que, al convertirse en adopciones, burlaban la ley islámica, se han querido evitar las adopciones claudicantes (que no fueran reconocida en el país de origen).



La prohibición de la adopción en España de menores procedentes de kafala es similar a la del Derecho belga. El art. 361.5 del Code Civil belga exige, para que la kafala pueda dar paso a la adopción, que se trate de un menor huérfano de padre o de madre, o que haya sido declarado en situación de abandono y que se encuentre bajo la tutela de la autoridad pública, de tal manera que se excluye la posibilidad de que sea adoptado en Bélgica un menor respecto del cual se haya decretado una Kafala intrafamiliar. Al mismo tiempo, se requiere que la autoridad competente del Estado de origen del menor autorice su desplazamiento a Bélgica, a fin de que se establezca de forma permanente en este país y, por último, las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de recepción deben de formalizar por escrito un acuerdo, por el cual se confía el menor a los adoptantes. Cumplidos todos estos formalismos y una vez que el menor se encuentre en territorio belga, podrá procederse a su adopción por los tribunales competentes.

En sentido similar, en Francia, el art. 370-3 Code civil, sobre adopción internacional, dispone que la adopción de un menor **extranjero** no podrá formalizarse en Francia si la ley personal de éste la prohíbe, salvo si el menor ha nacido y reside habitualmente en Francia. Y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que esta previsión no es contraria a los arts. 6. 8 y 14 del CEDH (STEDH, Sección 5ª, de 4 de octubre de 2012, rec. 43631/2009 (Affaire Harroudj c. Francia).

No está en juego el orden público, como afectación de algún Derecho Fundamental (igualdad, dignidad, educación, protección del menor) pues el menor estará protegido, aunque no se conceda la adopción. No cabe subordinar la protección del menor a una "armonía internacional de soluciones", sino que se deben respetar los diversos ordenamientos jurídicos y aunque detrás de las prohibiciones de adopción puedan existir ideas religiosas extrañas a la concepción no confesional que inspira el sistema español, no apreciamos que el menor quede desprotegido. Es decir, la no viabilidad de la adopción no alcanza a suponer una infracción de Derechos Fundamentales.

En tanto el menor, Bienvenido , aunque ostente el apellido del adoptante, es de nacionalidad marroquí, hay que estar a su ley nacional. Marruecos no "desconoce la adopción", sino que la prohíbe, el art 149 de la "Mudawana" marroquí dice que "[l]a adopción (Attabani) será jurídicamente nula y no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima."

Por tanto, no es posible tramitar la demanda cuando hay una kafala previa y es aplicable la ley nacional del adoptando, que prohíbe una adopción sucesiva. Solo es posible tramitar la adopción si el menor está desamparado en España o si se acompaña certificado de idoneidad (para caso de adopciones en el **extranjero**).

3. LA VALORACIÓN DE LOS HECHOS

La Ordenanza del Tribunal de Tánger de 2 de mayo de 2016 que asigna al menor en kafala recoge que por Sentencia n. 110, de 21 de enero de 2016, se ordenó declarar al niño como niño abandonado y nombra a los aquí apelantes como tutores dativos hasta que alcance la mayoría de edad. No autorizó su desplazamiento a España ni que fijara su residencia en nuestro país de forma permanente.

Interpretar el sentido de la prohibición del art. 19.4 LAI obliga a valorar los posibles efectos de que se llegara a constituir una adopción claudicante, en este caso. No hay duda de la vinculación del menor con nuestro país y el grado de integración del adoptando en la sociedad española, pero no podemos afirmar que la conexión de la adopción con el Estado de origen del menor sea escasa o nula, pues sus progenitores son marroquíes de origen (sin perjuicio de ostentar también el varón la nacionalidad española). Dado el propósito de la Ley 26/2015 y de la propia LAI, de evitar las adopciones claudicantes, a las que se considera contrarias al interés del menor, la integración del adoptando en la sociedad española a título de adopción plena no garantizaría que la adopción, que no desplegaría efectos en el país de origen del menor, no pudiera finalmente actuar en su perjuicio. El supuesto que nos ocupa no guarda relación con los resueltos en los AAP Islas Baleares de 25 de octubre de 2017 y AAP Girona de 18 de diciembre de 2017, sobre kafalas judiciales respecto de niños abandonados, que en aquellos casos los menores una decisión claudicante no era previsible que produjera ningún efecto en el país de origen del menor. En aquellos casos las posibilidades de que la adopción desplegara efectos en el Estado de origen eran escasas. En todo caso, la Sala no comparte tampoco totalmente los criterios jurídicos que sostenían aquellas dos resoluciones.

Si el sentido de la prohibición es asegurar el derecho del menor a ser educado en la fe islámica, cabe añadir que el menor quizás sería educado en la fe islámica, visto el origen de los padres, pero la adopción misma supone una transgresión, si no de la "fe" (que pertenece al ámbito privado de cada musulmán), sí de la ley islámica. El art. 20 del Convenio de Nueva York predica que, al considerar las soluciones de protección para los menores, el Estado debe prestar particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico y, como dice el TEDH en la citada sentencia, se debe respetar el pluralismo cultural y mantener un justo equilibrio entre el interés público y el de la recurrente, lo que es posible a través de la kafala y quedaría en entredicho con la adopción.



Por último, no hacemos de peor condición al menor marroquí, respecto a la adopción de un español porque son circunstancias diferentes: no podemos equiparar abandono con desamparo, ni constitución judicial de la kafala con acogimiento preadoptivo, ni estamos ante un supuesto de idoneidad en adopción internacional. La protección del menor se ha llevado a cabo en el país de origen y conforme a su propia legislación.

Todo ello nos lleva a confirmar la resolución apelada. Visto el art. 19.4 LAI y el defecto de mecanismos como la autorización de desplazamiento con fin de establecimiento permanente, o los acuerdos entre Estados, en interés del menor (art. 9 LAI y art. 21.e) del Convenio de Nueva York, la adopción no es posible. El menor no ha nacido en España, ni está en situación de desamparo en nuestro país. Tampoco es sujeto de un procedimiento de adopción internacional que requiera certificado de idoneidad. El certificado de idoneidad es de imposible emisión, como ha manifestado el ICAA.

Incumplido el requisito de procedibilidad, la demanda debe ser inadmitida.

3. LAS COSTAS

Las costas del recurso no deben imponerse, de conformidad con los arts. 398.1 y 394 de la LEC.

PARTE DISPOSITIVA

1. Desestimamos el recurso de apelación.

2. No nos pronunciamos sobre las costas del recurso.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno. Confirmada la resolución recurrida dese el destino legal al depósito constituido (disp. 15ª L.O. 1/2009), en su caso. Estimado en todo o en parte le recurso, devuélvase.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 2, del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID- 19 en el ámbito de la Administración de justicia:

Los plazos para el anuncio, preparación, formalización e interposición de recursos contra sentencias y demás resoluciones que, conforme a las leyes procesales, pongan fin al procedimiento y que hayan sido notificadas durante la suspensión de plazos establecida en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, así como las que sean notificadas dentro de los veinte días hábiles siguientes al día 4 de junio del 2020, fecha del levantamiento de la suspensión de los plazos procesales suspendidos, quedarán ampliados por un plazo igual al previsto para el anuncio, preparación, formalización o interposición del recurso en su correspondiente ley reguladora.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará a los procedimientos cuyos plazos fueron exceptuados de la suspensión de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo

Una vez se haya notificado esta resolución, los autos se devolverán al Juzgado de instancia, con testimonio de la misma, para cumplimiento.

Así lo pronunciamos y firmamos.

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).