



Roj: **AAP B 12007/2024 - ECLI:ES:APB:2024:12007A**

Id Cendoj: **08019370182024200376**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **04/12/2024**

Nº de Recurso: **542/2024**

Nº de Resolución: **525/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **BIBIANA SEGURA CROS**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68, 4ª planta - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294459

FAX: 938294466

EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0810142120240143998

Recurso de apelación 542/2024 -B

Materia: Adopción

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Hospitalet de Llobregat

Procedimiento de origen: Adopción 695/2024

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0970000012054224

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0970000012054224

Parte recurrente/Solicitante: Josefina , Gabriel

Procurador/a: Susana Manzanares Corominas, Susana Manzanares Corominas

Abogado/a: Anna Maria Vidal Cardona

Parte recurrida:

Procurador/a:

Abogado/a:

AUTO N° 525/2024

Magistrados/Magistradas:

Dª Mª José Pérez Tormo Dª Dolors Viñas Maestre Dª Bibiana Segura Cros (ponente)

Barcelona, 4 de diciembre de 2024

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- En fecha 25 de abril de 2024 se dictó Auto por el Juzgado de Primera Instancia n. 9 de Hospitalet de Llobregat cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "ACUERDO INADMITIR la solicitud de CONSTITUCIÓN DE ADOPCIÓN DE Jacobo formulada por la a procuradora de los tribunales doña SUSANA MANZANARES COROMINAS, actuando en nombre y representació de Josefina ."

SEGUNDO.- Interpuesto Recurso de Apelación contra el anterior Auto por la parte demandante y tras los trámites procesales oportunos se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 19 de noviembre de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento.

Contra el Auto que inadmite a trámite el procedimiento de adopción del menor Jacobo , nacido el NUM000 de 2018, respecto al cual se constituyó la Kafala judicial a favor de los demandantes por sentencia del Juzgado de Tánger de 18 de febrero de 2019 y cuya medida fue reconocida en España como institución de protección de menores mediante Auto de 4 de septiembre de 2023, se alzan los instantes de la adopción y alegan en síntesis que la denegación de la adopción vulnera el derecho a la libertad religiosa del art. 16 CE; que no resulta aplicable el art. 19,4 de la Ley de Adopción Internacional porque el niño no se halla en kafala sino en situación de tutela; que el menor estaba abandonado y por tanto en desamparo; que la denegación del menor le perjudica y provoca desamparo administrativo. El Auto apelado reproduce los argumentos del Auto de esta sección de fecha 10 de junio de 2020 que funda la inadmisión en la prohibición legal de constituir una adopción tras una Kafala (art. 19,4 LAI).

SEGUNDO.- Calificación de la medida de protección adoptada en Tánger y reconocida en España. Prohibición del art. 19,4 LAI.

La medida de protección adoptada respecto al menor en su país de origen ha sido la Kafala judicial que es la que se constituye sobre niños huérfanos o de padres desconocidos. La Kafala otorga la tutela dativa y no es reconocida como adopción. En el recurso se alega que no partimos de una Kafala porque la sentencia de Tánger ha sido reconocida en España. El reconocimiento mediante Auto del Juzgado de 4 de septiembre de 2023 se acordó de conformidad con el art. 44 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional cuyo apartado 3º dispone que "En virtud del reconocimiento la resolución extranjera podrá producir en España los mismos efectos que en el Estado de origen". El reconocimiento en España de la Kafala como medida de protección no comporta ni atribuye a la medida mayores efectos que los contemplados en el Estado de origen. El Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 1993, excluye las kafalas de su ámbito de aplicación y la Ley de Adopción Internacional española exige para reconocer una adopción que la institución constituida en el **extranjero** tenga efectos equivalentes a la adopción regulada en nuestro ordenamiento. La Kafala no es equiparable a la adopción. Es por ello por lo que se reconoció como medida de protección (debe entenderse como tutela o acogimiento con funciones tutelares). Dicho reconocimiento no cambia la calificación de la medida, ni excluye la aplicación del art. 19,4 LAI.

El menor no tiene **nacionalidad** española y conforme al art. 19,4 de la Ley de Adopción Internacional, no puede constituirse la adopción. La ley nacional del menor la prohíbe. Dicho precepto dispone que "En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública". La norma es categórica, se aplica a los menores **extranjeros** aunque residan en España y solo admite como excepción que el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la entidad pública. El menor se encontraba en situación de abandono o desamparo cuando fue constituida la Kafala pero no hay desamparo en España (art. 228-1 CCCat - desamparo material). En el recurso se habla de desamparo administrativo y se describen los problemas para tramitación de documentos y otros derivados de su condición de **extranjero**, pero no es este el desamparo que refiere el art. 19,4 LAI y las consecuencias de la aplicación de las normas de extranjería en el estatuto del menor no modifican el precepto ni excluyen la prohibición.

La resolución recoge un Auto de esta sección de 10 de junio de 2020 (ROJ: AAP B 4271/2020 - ECLI:ES:APB:2020:4271ª). En dicha resolución se señala que "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 denegación de la adopción no es contraria al orden público ni infringe derechos fundamentales. 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". El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 16 de diciembre de 2016 (Chbihi Loudoudi y otros contra Bélgica) ha considerado que la prohibición de constituir una adopción no constituye una injerencia en la vida familiar.

También se hace referencia a que la prohibición de la adopción en estos casos obedece a un compromiso entre Estados y que no es exclusiva de la legislación española en tanto se recoge también en la legislación francesa (artículo 370-3 del Cc) y en la legislación belga (artículo 361-5 del Cc).

Con anterioridad a la reforma de 2015 la Ley de Adopción Internacional no recogía dicha prohibición lo que permitió la constitución de adopciones de menores bajo la protección de una Kafala judicial con argumentos análogos a los que recogen las resoluciones aludidas en el recurso. Como se señala en el Auto citado no es aplicable la anterior jurisprudencia de esta Sala, que había permitido la adopción procedente de kafala, resoluciones que 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).

En el recurso se citan resoluciones de otras Audiencias, pero dichas resoluciones no hacen referencia alguna a la prohibición de la adopción del art. 19,4 LAI que se refiere no solo al caso de que la ley nacional lo prohíba sino el supuesto de que la ley nacional no contemple la adopción. Solo cabría la adopción si el menor adquiriera la **nacionalidad** española. Así lo ha interpretado el Dictamen 3/2016 de la Fiscalía General del Estado. También se alega vulneración del derecho a la libertad religiosa, pero la denegación de la adopción no condiciona ni limita dicho derecho, en tanto se limita a dar cumplimiento a una norma de derecho internacional privado. Las condiciones o limitaciones que asumieran los Kafales al constituirse la Kafala no son las que condicionan o impiden la constitución de la adopción en España. Se trata de equiparar la institución de origen a una compatible en nuestro ordenamiento que no implique la integración total en la nueva familia.

No puede constituirse una adopción en España a partir de una Kafala judicial de un menor que no ha adquirido la **nacionalidad** española por lo que debe desestimarse el recurso.

TERCERO.- Costas.

No se hace pronunciamiento sobre las costas.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por Josefina y Gabriel , contra el auto dictado en fecha 25 de abril de 2024, por el Juzgado de Primera Instancia n. 9 de Hospitalet de Llobregat en autos de Adopción nº 695/2024, de los que el presente rollo dimana debemos CONFIRMAR la referida resolución, sin pronunciamiento sobre las costas del recurso.

Notifíquese la presente resolución a las partes interesadas y verificado, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia,.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman las Ilmas. Sras. Magistradas que integran este Tribunal.