



Roj: **AAP CE 153/2018 - ECLI: ES:APCE:2018:153A**

Id Cendoj: **51001370062018200153**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ceuta**

Sección: **6**

Fecha: **06/07/2018**

Nº de Recurso: **6/2018**

Nº de Resolución: **16/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EMILIO JOSE MARTIN SALINAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ, SECCIÓN SEXTA. CEUTA.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 CEUTA

AUTO: 00016/2018

Modelo: N10300

C/PADILLA S/N. EDIFICIO CEUTA CENTER 2ª PLANTA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 956510905 Fax: 956514970

Equipo/usuario: MDG

N.I.G. 51001 41 1 2017 0001605

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000006 /2018

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.6 de CEUTA

Procedimiento de origen: EXE EXECUATUR 0000286 /2017

Recurrente: Jenaro , Antonia

Procurador: NICOLAS RODRIGUEZ ESTEVEZ, NICOLAS RODRIGUEZ ESTEVEZ

Abogado: CAROLINA Mª NOYA CERRILLO, CAROLINA Mª NOYA CERRILLO

Recurrido: MINISTERIO FISCAL

Procurador:

Abogado:

AUTO

PRESIDENTE : Ilmo. Sr. Fernando Tesón Martín.

MAGISTRADOS : Ilmos. Srs. doña Rosa María de Castro Martín y don Emilio José Martín Salinas.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Emilio José Martín Salinas.

En Ceuta, a seis de julio de dos mil dieciocho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador Nicolás Rodríguez Estévez presentó el día 12/06/2017 en representación de Jenaro y Antonia una demanda, en la que solicitaron que se reconociera la resolución marroquí en la que establecía una kafala sobre un menor, considerándose la misma " ...como la tutela dativa del ordenamiento judicial español,



librándose los correspondientes oficios para su inscripción en el Registro Civil de Ceuta... ". Alegaron en apoyo de ello lo siguiente:

- a) Los demandantes eran " ...cónyuges, y contrajeron matrimonio en DIRECCION000 en fecha 9 de junio del 2.007 e inscrito en el Registro Civil Central... ".
- b) "...instaron la adopción de un menor abandonado en el Hospital de DIRECCION000 , cuyos padres son desconocidos, ante el Tribunal de Primera Instancia de DIRECCION000 ... ".
- c) "...el Juzgado de Familia de Primera Instancia de la ciudad de DIRECCION000 , Marruecos, en fecha 30 de enero del 2.008 dictó Auto de adopción (kafala) de un niño en situación de abandono, siendo éste el Auto nº 74/2008 del Expediente de adopción número 60/2007, y cuyo fallo, a la vista de cumplirse con los requisitos legales para ello, fue la concesión de la adopción del niño Alfonso a los cónyuges Jenaro y Antonia , erigiéndose en calidad de tutor principal, estando presente en dicha decisión el Ministerio Fiscal... ".
- d) "...en fecha 4 de febrero del 2.008, se dicta una Diligencia de ejecución de adopción (kafala) de un niño en situación de abandono, que conforme a las leyes marroquíes es la firmeza de la sentencia anteriormente dictada, y por la cual se procede a dar entrega al menor Alfonso a mis mandantes, estando en presencia del Ministerio Fiscal y de la autoridad administrativa así como de la asistente social del hospital donde se abandonó el menor.... ".
- e) "...en fecha 26 de agosto del 2.008, el Tribunal de Primera Instancia del Juzgado de Familia de DIRECCION000 , dicta el Auto, en concreto el Auto número 1681/2011, por el cual autoriza al menor, Alfonso , a viajar a la ciudad de Ceuta junto con sus padres adoptivos/tutores, "a la vista del interés del menor y dada su condición y sus necesidades, es estar bajo la custodia y compañía de los padres adoptivos"... ".
- f) "...el menor se encuentra escolarizado en el colegio DIRECCION001 , así como se encuentra empadronado junto con sus tutores, tiene asistencia sanitaria, y tiene más que cubierta todas sus necesidades básicas... ".

SEGUNDO.- Admitida la demanda anteriormente indicada, el Ministerio Fiscal presentó un escrito el día 07/11/2017 en el que se opuso a la misma, aunque no formuló alegación alguna sobre el caso concreto.

TERCERO.- El día 15/11/2017 se dictó un auto en el que se denegó lo solicitado en la demanda. Dicho pronunciamiento se fundó, en esencia, en lo siguiente:

- a) La kafala "se define 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 (Alfonso) 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) ... ".
- b) "...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 conviertan... ".
- c) "...En nuestro entorno, está claro que el interés de tales menores que, por regla general, viven en un orfanato y, en ocasiones, en unas condiciones lamentables, está en trasladarse a vivir a España o a otro país europeo, en donde encontrarían sus necesidades básicas cubiertas.

No obstante, estaríamos cayendo en un grave error, en una concepción demasiado parcial de lo que es el "interés del menor"; un concepto que depende no sólo de los distintos países y ordenamientos jurídicos, sino de las diferentes culturas Y, está claro que en el mundo islámico el "interés del menor" pasa por educarlo en la fe islámica y respetar sus orígenes. NO podemos atribuir efectos jurídicos en España a una institución cuya finalidad última es asegurar el respecto a la fe musulmana, por encima del deber de protección y educación del menor, y en la medida en que no se persiguen los mismos fines por medio del acogimiento u adopción, que por medio de la Kafala, al no existir una institución jurídica que despliegue en España efectos jurídicos similares a los que despliega la Kafala, no procede el reconocimiento jurídico que se pretende... ".

CUARTO.- El procurador Nicolás Rodríguez Estévez interpuso el día 16/01/2018 en representación de Jenaro y Antonia un recurso de apelación contra el auto anteriormente indicado, en el que solicitó que se revocara y se estimara la demanda. Alegaron en apoyo de ello lo siguiente:

- a) La denegación de la revisión sólo podía fundarse en los motivos tasados previstos legalmente.
- b) Entre los motivos anteriormente referidos no se encontraba tomar en consideración el interés del menor, lo que suponía entrar en el fondo del asunto, lo que estaba prohibido legalmente.
- c) La falta de equiparación entre la kafala y las instituciones jurídicas españolas justificaba que hubiera de adaptarse a las más similares, de ahí que se instara el reconocimiento de la tutela dativa.



d) La kafala se equiparaba al acogimiento familiar o a la tutela dativa en la propia ley sobre adopción internacional española.

e) " ...el menor se encuentra escolarizado en el colegio DIRECCION001 , así como se encuentra empadronado junto con sus tutores, tiene asistencia sanitaria, tiene tarjeta de residencia y tiene más que cubierta todas sus necesidades básicas, así como sigue siendo educado en la fe islámica, toda vez que mis mandantes profesan dicha religión.

Que el interés del menor, evidentemente es estar atendido, vivir dignamente, ser educado, tener una asistencia sanitaria y tener una vida digna, como actualmente tiene, y no el estar en un orfanato marroquí para ser educado en la fe islámica, como el Auto aquí recurrido indica... ", más allá de que es contrario a la constitución manifestar la confesión religiosa que practique.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación mediante un escrito presentado el día 07/02/2018, en el que alegó lo siguiente:

a) " ...el requisito primordial para la estimación de la petición del recurrente sería el de protección del interés superior del menor de edad, que ha de ser protegido por esta figura. Nos encontramos ante la Kafala, institución marroquí que pretende mantener la fe de los menores de edad, encomendándose esta función a quien se comprometa a educar en la fe musulmana del menor, sin atender a las demás necesidades que pudieran tener los menores de edad para considerar o no adecuados a los destinatarios de la Kafala para el ejercicio de la misma. Ante esta situación en la que no se ha llevado a cabo un estudio de las necesidades del menor y de las aptitudes de los solicitantes de la Kafala, más allá de sus creencias religiosas, ha de considerarse que no puede darse legalidad en el territorio nacional a una resolución que no aboga por respetar el interés superior del menor.

b) " ...Finalmente, en el Estado de Derecho vigente, se considera como valor que ha de prevalecer y ser garantizado el del interés superior del menor de edad, siendo por lo tanto una cuestión de orden público que ha de ser tenida en cuenta a la hora de la admisión del ejecutur. En el presente caso no se garantizan los derechos e intereses de los menores de edad en cuanto a los derechos de los mismos tanto es la esfera personal como patrimonial, siendo necesario velar por el interés superior de éstos... " .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como se ha indicado en los antecedentes de hecho de la presente resolución con más detalle, se interesó el reconocimiento en España de una resolución dictada por un tribunal marroquí en la que se establecía una tutela respecto de un menor tras establecerse una kafala sobre el mismo, que se denegó tras oponerse a ello el Ministerio Fiscal en el auto recurrido en apelación, con la que se pretende que se revoque y se acceda a ello. Para determinar si les asiste la razón a los promotores de tal petición tiene que partirse de los siguientes aspectos como premisas:

a) El menor sobre el que versaba la petición se mantuvo que era marroquí. Nos encontramos con un elemento **extranjero** que impone la aplicación de la norma de conflicto recogida en el artículo 9.6 del Código Civil . Conforme a la redacción del mismo en el momento en el que se habría adoptado la decisión por el tribunal marroquí (30/01/2008) sería aplicable su ley nacional en lo que tocaba a la tutela y la demás instituciones protectoras del mismo.

b) La kafala es una institución de protección propia de derechos de inspiración coránica, como es el ordenamiento jurídico marroquí, conforme a la cual, en línea con lo que se razonó en la resolución apelada, se asume el compromiso de hacerse cargo de la protección, educación y manutención de un menor del mismo modo que lo haría un padre con su propio hijo, pero sin que ello suponga una modificación de la filiación, tal como se extrae del artículo 2 de la ley 15/2001 de Marruecos sobre guarda de menores abandonados, a la que se aludió en aquélla.

c) La resolución judicial en la que se establezca una kafala por un tribunal marroquí es potencialmente susceptible de reconocimiento por los órganos jurisdiccionales españoles en general, como se pretende, conforme con el artículo 41 a 44 de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil, más allá de lo dispuesto en el Convenio de cooperación judicial, en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997.

SEGUNDO.- Conforme con el artículo 46 de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil, si es que considerásemos el procedimiento de constitución de la kafala como un procedimiento contencioso, en tanto que de entenderse que fuera de naturaleza voluntaria regiría el artículo 12 de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria , sólo cabría denegar el reconocimiento de determinadas resoluciones judiciales extranjeras como la que nos ocupa en los siguientes casos:



" ...a) Cuando fueran contrarias al orden público.

b) Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse.

c) Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional **extranjero** hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española.

d) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España.

e) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España.

f) Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el **extranjero**... ".

En la resolución apelada no se aludió en concreto a ninguna de tales circunstancias, como se afeó en el recurso, no en vano, se obvió por completo la vigencia de la citada ley. Antes al contrario, como se ha expuesto en el antecedente de hecho tercero, se rechazó fundándose, en esencia, en que el interés del menor se vería afectado, al no poder " ...atribuir efectos jurídicos en España a una institución cuya finalidad última es asegurar el respecto a la fe musulmana, por encima del deber de protección y educación del menor, y en la medida en que no se persiguen los mismos fines por medio del acogimiento u adopción, que por medio de la Kafala, al no existir una institución jurídica que despliegue en España efectos jurídicos similares a los que despliega la Kafala... ".

Los recurrentes sostuvieron en la apelación que tales argumentos escapaban por completo de las causas de denegación previstas legalmente. Tal argumentación, en términos generales, es errónea. La vulneración del orden público español puede operar como excepción. Como tal debe entenderse, básicamente, el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan. En tal entendimiento, el interés superior del menor se erige en un principio de reconocimiento internacional, tal como se recoge en el artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño de 20 noviembre 1989 en conexión con los diversos preceptos que, incardinados dentro del título I de la Carta Magna, regulan diversos aspectos de la familia, como los relativos al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a contraer matrimonio y a la intimidad familiar y la protección de la familia, y la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil, establecidos en sus artículos 10, 18, 32 y 39, por lo que se integra dentro de la propia noción de orden público.

TERCERO.- Sentado que el interés superior del menor opera como cláusula de excepción a los efectos del artículo 46 de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil, la siguiente cuestión que debe resolverse es si la aplicación que se efectuó del mismo en el presente caso era correcta. La respuesta tiene que ser negativa por las siguientes razones:

a) No se podía sostener, como se acertó a alegar en el recurso, que no cupiese el reconocimiento de la resolución judicial al carecer de cualquier correspondencia en el ordenamiento jurídico español, como de alguna manera se hace en el auto recurrido como punto de partida para hacer valer el superior interés del menor. Conforme con el artículo 44.4 de la citada ley " ...Si una resolución contiene una medida que es desconocida en el ordenamiento jurídico español, se adaptará a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares, si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen... ".

b) Se parte de una concepción de la kafala que incide en un aspecto, que es la protección de la fe islámica, promoviendo la educación del menor en ella, que no es la única manifestación de la misma ni la más importante, como se ha indicado en el fundamento de derecho primero. Incidir sin más en la cuestión religiosa supone olvidar que de lo que se trata es de dar reconocimiento a una resolución fundada en una ley que no tiene que responder necesariamente a los mismos principios que las normas españolas. La protección de las propias creencias no es nada intrínsecamente negativo ni atenta contra los principios constitucionales patrios, que, antes al contrario, no sólo postulan la libertad ideológica, religiosa y de culto en el artículo 16.1 de la Constitución Española, sino que, con independencia de la configuración de España como un estado aconfesional en su apartado 3, que obliga a tener en cuenta las creencias religiosas, establece en su artículo 27.3 que " Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la



formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones ". Es más, los artículos 3 y 33 del Convenio 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, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 reconocen expresamente la figura de la kafala como una posible medida de protección, aludiendo tácitamente a ella también el artículo 34 de la Ley de Adopción Internacional, aspecto que no puede soslayarse por más que la citada normativa internacional no sea aplicable al presente caso conforme con su artículo 53.

CUARTO.- Si, a tenor de lo expuesto en el fundamento de derecho anterior, desde un punto de vista genérico no tendría que haberse dictado necesariamente una resolución denegatoria del reconocimiento de la resolución marroquí, como parecieron entender la juzgadora y el Ministerio Fiscal, debe plantearse si concurre alguna otra razón que impida acceder a lo solicitado. La respuesta es afirmativa. A tenor de la documentación aportada con la demanda se extrae que nos encontramos ante una resolución emanada de un órgano jurisdiccional conforme con el artículo 43 de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil. Ahora bien, su firmeza, como exige que tuviera su artículo 41.1, aunque puede intuirse que se hubiera alcanzado, no se ha justificado. Se argumentó que la "*diligencia de ejecución*" aportada como documento número 4 era el mecanismo con el que ello se ponía de manifiesto en el derecho marroquí. No obstante, ni en el auto que establece la kafala y dispone la tutela se indica qué tipos de recursos pueden interponerse contra el mismo o que tuviera cerrada la vía a cualquiera de ellos ni cabe descartarse que cupiese ejecución provisional, que es posible que fuera lo que se estaba documentado en aquélla, dado que sólo habrían transcurrido 5 días desde el dictado de la resolución judicial. Es más por los conocimientos propios de este Tribunal, el artículo 17 de la ley 15/2001 de Marruecos sobre guarda de menores abandonados establece que la decisión judicial será susceptible de apelación, no obstante ser ejecutable provisionalmente. Debe desestimarse el recurso, en consecuencia, sin perjuicio de que pueda volver a interesarse el reconocimiento pretendido, ante lo que habría de acreditarse la firmeza de forma clara si se quiere tener éxito en ello.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y preceptiva aplicación, procede resolver lo siguiente:

PARTE DISPOSITIVA

Desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el procurador Nicolás Rodríguez Estévez en representación de Jenaro y Antonia contra el auto que denegó el reconocimiento de un auto dictado por un tribunal marroquí en el que se establecía la kafala sobre un menor y se les nombraba tutores del mismo.

Este auto es firme.

Así lo resuelven y firman los magistrados indicados al inicio de esta resolución.