



Roj: **AAP CE 271/2018 - ECLI:ES:APCE:2018:271A**

Id Cendoj: **51001370062018200271**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ceuta**

Sección: **6**

Fecha: **18/10/2018**

Nº de Recurso: **49/2018**

Nº de Resolución: **28/2018**

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: 00028/2018

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 0000710

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000049 /2018

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.6 de DIRECCION001

Procedimiento de origen: EXE EXECUATUR 0000129 /2017

Recurrente: Matilde , Carlos Francisco

Procurador: ESTHER MARIA GONZALEZ MELGAR, ESTHER MARIA GONZALEZ MELGAR

Abogado: JESUS RODRIGUEZ QUIROS, JESUS RODRIGUEZ QUIROS

Recurrido: MINISTERIO FISCAL

Procurador:

Abogado:

AUTO

PRESIDENTE : *Ilma. Sra. doña doña Rosa María de Castro Martín.*

MAGISTRADOS : *Ilmos. Srs. don Luis de Diego Alegre y don Emilio José Martín Salinas.*

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

En Ceuta, a dieciocho de octubre de dos mil dieciocho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador Esther González Melgar presentó el día 10/03/2018 en representación de Carlos Francisco y Matilde 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 DIRECCION001 ... ". Alegaron en apoyo de ello lo siguiente:

- a) Los demandantes, " ...los cónyuges Carlos Francisco y Matilde , contrajeron matrimonio en Tetuán (Marruecos) con fecha 20 de enero de 1.993, el que se encuentra inscrito en el Registro Civil Central... " .
- b) " ...instaron la adopción de un menor abandonado en el HOSPITAL000 , cuyos padres son desconocidos, ante el Tribunal de Primera Instancia de Tetuán... " .
- c) " ...el Tribunal de Primera Instancia de Tetuán, Sección Notarial y de Asuntos de Menores, en el Expediente de Acogimiento ("Kafala") número 46/03, con fecha 13 de octubre de 2.003, se dictó Auto de autorización de acogimiento de un niño abandonado, por el cual, y cumpliéndose los requisitos legales establecidos para ello, se autorizó el acogimiento del niño abandonado Desiderio , por los cónyuges Carlos Francisco y Matilde , designándose al acogedor Carlos Francisco , como tutor del niño... " .
- d) " ...con fecha 7 de enero de 2.004, se dictó Acta de Ejecución relativa a la autorización de acogimiento de niño abandonado, que conforme a las leyes marroquíes es la firmeza del Auto anteriormente dictado, y por la cual se procedió en el HOSPITAL000 , a entregar al menor Desiderio a mis mandantes, estando en presencia tanto del encargado de la Sección de niños abandonados como de la Asistente Social de dicho hospital... " .
- e) " ...A posteriori, más concretamente con fecha 23 de marzo de 2.004, el Tribunal de Primera Instancia del Juzgado de Familia de Tetuán, dictó Resolución con el número de registro 176/04, por la cual, se autorizaba a mis mandantes para que obtuviesen el pasaporte del menor Desiderio . Tras la expedición del pasaporte, el menor pudo trasladarse a residir junto con mis mandantes a DIRECCION001 , lugar de residencia de los mismos, y donde ha permanecido y permanece bajo su custodia y compañía... " .
- f) " ...el menor se encuentra escolarizado en el colegio DIRECCION000 , 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 03/01/2018, en el que se opuso a la misma, aunque no formuló alegación alguna sobre el caso concreto.

TERCERO.- El día 25/01/2018 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 (makful) 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. De hecho, el incumplimiento de esta obligación por parte de los extranjeros que han constituido kafalas sobre menores marroquíes para su posterior traslado a occidente, es lo que ha motivado que el Ministerio de Justicia y Libertad marroquí emitiera, en septiembre de 2012, la Circular nº 40 S/2. En la misma se insta a las autoridades marroquíes competentes para constituir la kafala que comprueben si el solicitante extranjero reside habitualmente en territorio nacional marroquí, y denieguen su concesión si no la tuviera.

*Es decir, lo que dicha Circular prohíbe es la constitución de las denominadas "kafalas transnacionales". De esta manera, las autoridades marroquíes aseguran el estricto cumplimiento de las condiciones y de la finalidad que se persigue con esta institución, y que se concretan en el respeto de los orígenes del menor, su educación en la fe musulmana, así como el mantenimiento de la **nacionalidad** marroquí. Si los menores son desplazados a Europa, dicho control deviene imposible de realizar. A dicha Circular, le ha seguido una propuesta legislativa de reforma de la kafala judicial en Marruecos, en la que los requisitos para constituir la kafala por parte de los occidentales se recrudescen ... " .*

- c) " ...A la vista de lo anterior debemos de concluir que desde nuestra perspectiva de país desarrollado, esta medida es contraria al "interés del menor". 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. 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.- La procuradora Esther González Melgar interpuso el día 09/02/2018 en representación de Carlos Francisco y Matilde 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) No cabía entrarse a analizar el fondo de la resolución marroquí por estar prohibido legalmente.
- b) La denegación de la revisión sólo podía fundarse en los motivos tasados previstos legalmente, lo que no había ocurrido en el presente caso, que se había tomado en consideración la fe religiosa del menor y de los recurrentes y si se iba a educar o no al primero en ella.
- c) Nadie podía ser obligado a declarar que fe que practique, más allá de que, en este caso, los recurrentes eran musulmanes y seguían los preceptos del islam, pues, de lo contrario, no se habría autorizado la kafala por los tribunales marroquíes.

c) La falta de equiparación entre la kafala y las instituciones jurídicas españolas justificaba que hubiera de adaptarse a las más similares.

d) La kafala se equiparaba a la tutela dativa en la propia ley sobre adopción internacional española, que era lo que se había solicitado que se reconociera.

e) " *...Mis mandantes, cumplen con todos los requisitos legales exigibles con respecto al menor Desiderio , el menor se encuentra escolarizado en el Colegio DIRECCION000 , así como se encuentra empadronado junto con sus tutores, tiene asistencia sanitaria, tiene tarjeta de residencia y tiene más que cubiertas todas sus necesidades básicas, así como sigue siendo educado en la fe islámica, toda vez que mis mandantes profesan dicha religión.*

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.

La Sentencia que se pretende reconocer, no atenta contra el orden público internacional, ni es contrario a nuestro ordenamiento jurídico, siendo el interés superior del menor que se legalice su situación legal en España, desplegando así todos sus efectos jurídicos en nuestro país como tutela dativa, y constando éste como menor tutelado por mis mandantes... ".

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación mediante un escrito presentado el día 03/05/2018, 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 exe[cuatur]. 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 kafala sobre un menor. Tras oponerse a tal petición el Ministerio Fiscal, ello se denegó en el auto recurrido en apelación, con la que se pretende que se revoque y se acceda a la misma. 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 y tenía su residencia habitual en Marruecos cuando se dictó la resolución por un tribunal de dicho país el 13/10/2003. Tanto desde el punto de vista de la normativa internacional como de lo dispuesto en el artículo 9 del Código Civil sería aplicable en cualquier caso la ley de dicho país en lo que tocaba a cualquier institución protectora del mismo.

b) La kafala es una institución de protección propia de derechos de inspiración coránica, como es el ordenamiento jurídico marroquí. Conforme a este último, en línea con lo que se razonó en la resolución apelada, se asume con ella 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, según le consta a este Tribunal por su conocimiento privado y se razonó en la resolución apelada sin que las partes lo cuestionaran.

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, tal como se pretende, conforme con los artículos 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, y el 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.

SEGUNDO.- La denegación del reconocimiento de la resolución marroquí a la que se refería la demanda o de cualquier otra en el ámbito que nos ocupa sólo puede ser denegada en los casos que se establezcan legalmente. Así se extrae de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional, el artículo 12 de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria y el artículo 23 tanto del Convenio de cooperación judicial, en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos como 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. En el auto apelado no se aludió en concreto a precepto alguno de los citados, como se vino a criticar en el recurso. 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 respeto 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 los supuestos de denegación previstos en las normas aplicables. Tal afirmación, en términos generales, es errónea por las siguientes razones:

a) En función de lo expuesto en los preceptos antes indicados, constituye un motivo de denegación del reconocimiento de la resolución extranjera que la misma atente contra el orden público español.

b) Como orden público 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.

c) 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. Esto hace que se integre dentro de la propia noción de orden público.

TERCERO.- Sentado que el interés superior del menor opera como supuesto de denegación del reconocimiento de la resolución marroquí por integrarse en el concepto de orden público, la siguiente cuestión que debe tratarse es si la aplicación que se efectuó del mismo en el auto apelado fue correcta. La respuesta tiene que ser negativa por las siguientes razones:

a) El que la kafala carezca de cualquier correspondencia en el ordenamiento jurídico español, como de alguna manera se parte en el auto recurrido como punto de partida para hacer valer el superior interés del menor, es irrelevante. Conforme con el artículo 44.4 de la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, " *...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) Debiendo adaptarse la kafala al ordenamiento jurídico español, tal como se ha indicado, no puede analizarse la misma de forma sesgada. El auto recurrido indicó en un aspecto de la misma, que es la protección de la fe islámica, promoviendo la educación del menor en ella. Ahora bien, tal ámbito no es el único al que extiende sus efectos ni el 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. Además de ello, no cabe obviar tampoco que 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, no obstante, 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.

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 entendieron 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 y el artículo 23 del Convenio de cooperación judicial, en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, aunque puede intuirse que se hubiera alcanzado, no se ha justificado. Se argumentó que el " *acta de ejecución* " aportada con la demanda 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 está fechada el mismo día, lo que no deja de ser llamativo. 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 esa 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. Cuestión diferente es que, al margen de otros posibles obstáculos, la kafala que se trató de que se reconociera, como subyace a los razonamientos del auto apelado, pudiera tener ciertos tintes fraudulentos. Se trataba de una medida de protección encaminada a que surtiera directa y casi inmediatamente sus efectos en un país ajeno al de residencia originaria y **nacionalidad** del menor, como es España, a donde se le habría de trasladar casi sin solución de continuidad, como no es difícil de intuir a la luz de los datos reflejados en la documentación aportada con la demanda. No puede olvidarse que, en tales circunstancias, hoy en día los artículos 23.2.f) 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 impediría el reconocimiento de la resolución marroquí.

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 la procuradora Esther González Melgar en representación de Carlos Francisco y Matilde 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.

A continuación, pone su firma la Ilma. Sra. doña Rosa María de Castro Martín, quien presidió este Tribunal en el presente recurso de apelación, por el Ilmo. Sr. don Luis de Diego Alegre, quien votó y no pudo firmar.