

LA APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL A LOS EXTRANJEROS (ARTÍCULOS 9.5 Y 9.6 DEL CODIGO CIVIL). ADOPCIÓN Y TUTELA

POR MONSERRAT VICENS BURGUES

EL ARTÍCULO 9.5 DEL CODIGO CIVIL

El actual artículo 9.5 del Código Civil ha sido modificado recientemente por la nueva Ley de Adopción Internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007), que queda redactado: "La adopción internacional se regirá por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional. Igualmente, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción Internacional".

De este modo, deberíamos tratar de analizar, aunque sea someramente, el contenido de la nueva Ley de Adopción para determinar de qué modo y manera, si es el caso, resulta aplicable la legislación española y la foral aragonesa. Ello nos va a resultar imposible, y entiendo que el foro al que me dirijo conoce, o puede conocer el contenido de la ley, por lo que trataremos de dar solo unas pinceladas sobre el tema, y comentar alguna jurisprudencia sobre el tema.

La Ley de Adopción Internacional ha comportado un cambio radical en el régimen jurídico de la adopción internacional. Una de las cuestiones más relevantes que ha recibido una regulación nueva es la relativa a la determinación de la «Ley aplicable» a la adopción internacional.

La LAI contiene una regulación completamente nueva de la Ley reguladora de la adopción internacional constituida ante autoridad española. La nueva Ley aplicable a la adopción Internacional se asienta sobre un principio básico: **la adopción debe regirse por la Ley de la sociedad en la que está o va a estar integrado el adoptando**. Es decir, se opta, en todo caso, por la Ley del país en cuya sociedad el adoptando tiene o va a tener próximamente su centro social de vida.

Concepto de "adopción": La LAI define la adopción en su artículo 1.2 como "el vínculo de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de

la residencia habitual de adoptantes o adoptandos”; por tanto, el legislador contempla un concepto muy extenso de “adopción”.

De esta forma:

El concepto de adopción internacional exige la existencia de un vínculo de “filiación”. Por tanto, el concepto de adopción internacional cubre todo tipo de adopción que genera dicho vínculo de filiación, tanto la adopción “plena” como la adopción “simple” o menos plena (situaciones jurídicas que generan un vínculo de filiación, pero no todos los efectos jurídicos propios de la adopción plena española). Ello es consecuencia de que existen distintos modelos legales de adopción en el derecho comparado, unos regulan y aceptan las adopciones simples y adopciones plenas, o exclusivamente simples o plenas. El vínculo jurídico de filiación debe derivar de la ley, pero esta ley no tiene que ser necesariamente la española.

El concepto de adopción internacional cubre tanto la adopción de menores como la adopción de mayores; aunque cierto es que se centra más en la protección y regulación de la adopción de menores.

OTRA NORMATIVA APLICABLE A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

- El Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación internacional. En principio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (el Estado de origen) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (el Estado de recepción), bien después de su adopción en el estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.

- Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989

- Ley Orgánica del Protección Jurídica del Menor (Ley 1/1996, de 15 de enero).

- Normativa autonómica relativa al todo el tema administrativo previo; y en concreto en Aragón:

.- Ley aragonesa de la Infancia y la Adolescencia (Ley 12/2001, de 2 de julio).

.- Decreto 188/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento administrativo previo a la adopción nacional e internacional de menores.

.- Decreto 16/1997, de 25 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la habilitación de entidades colaboradoras de adopción internacional.

.- DECRETO 188/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento administrativo previo a la adopción nacional e internacional de menores.

COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS ESPAÑOLES PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

El artículo 14 de la LAI establece la competencia judicial internacional para la constitución de adopción en supuestos internacionales:

1. Con carácter general, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la constitución de la adopción en los siguientes casos:

- a) Cuando el adoptando sea español o tenga su residencia habitual en España.
- b) Cuando el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España.

2. La nacionalidad española y la residencia habitual en España se apreciarán, en todo caso, en el momento de la presentación de la solicitud de adopción a la Entidad Pública competente.

Por su parte, el **artículo 15 de la LAI** establece la competencia judicial internacional para la modificación, revisión, declaración de nulidad o conversión en adopción plena de una adopción en supuestos internacionales:

1. Los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la declaración de nulidad de una adopción en los siguientes casos:

- a) Cuando el adoptado sea español o tenga su residencia habitual en España en el momento de presentación de la solicitud.
- b) Cuando el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España en el momento de presentación de la solicitud.
- c) Cuando la adopción haya sido constituida por autoridad española.

2. Si la ley aplicada a la adopción prevé la posibilidad de adopción simple, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la conversión de adopción simple en adopción plena en los casos señalados en el apartado anterior.

3. Los Juzgados y Tribunales españoles serán también competentes para la modificación o revisión de una adopción en los mismos casos señalados en el apartado primero y también cuando, además, la adopción haya sido constituida por autoridad extranjera, siempre que dicha adopción haya sido reconocida en España.

4. A efectos de lo establecido en esta Ley, se entenderá por adopción simple o menos plena aquella constituida por autoridad extranjera competente cuyos efectos no se correspondan sustancialmente con los previstos para la adopción en la legislación española.

Por último, el **artículo 16 de la LAI**, establece la competencia objetiva y territorial del órgano jurisdiccional, que al tratarse de un procedimiento de jurisdicción voluntaria nos remite a las normas de jurisdicción voluntaria y en el caso de no poder determinarse por esas normas, permite la posibilidad de elegir el foro a los adoptantes.

Por supuesto que, antes de llegar al juez, es preciso haber recorrido el camino previo: el del expediente administrativo que culmina en la conformidad del Ente respecto a la idoneidad del adoptante y a la adecuación entre éste y el adoptando en los términos expresados en la propuesta.

Dicho procedimiento, se entiende regulado en el **artículo 5 y siguientes de la LAI**. En principio, dicho artículo hace referencia a las "Entidades Públicas competentes". El término "competencia" hace referencia al poder que confiere la Comunidad Autónoma correspondiente a uno de sus organismos para ocuparse de esta materia, pero no nos dice cuáles son las condiciones que tiene que reunir el sujeto para poder cursar su solicitud ante ellos. De este modo, cada Comunidad Autónoma, podría disponer de sus propios criterios de "competencia administrativa internacional", debido a la disparidad de regulación de cada Comunidad. Por ejemplo, Andalucía asume la tramitación cuando el

adoptante reside en dicha comunidad; Extremadura, utiliza como criterio el de la mera presentación de la instancia; Madrid, no se pronuncia al respecto.

En Aragón se sigue el criterio de la residencia siempre que la persona adoptante cumpla los requisitos del artículo 175 del Código Civil, es decir, ser mayor de 25 años y tener al menos 14 años más que el adoptando.

La **Disposición Final Quinta de la LAI**, bajo la rúbrica de Título competencial, determina que: *Los arts. 5, 6, 7, 8, 10, 11 y la disposición final primera (que modifica el contenido de algunos artículos del Código Civil) se dictan al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil reconocida por el art. 149.1.8 de la CE, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan y de las normas aprobadas por éstas en ejercicio de sus competencias en esta materia.*

Un vistazo a estos artículos nos ilustra sobre típicas materias cuya regulación ha sido efectuada (y en la mayoría de las ocasiones con más generosidad y detalle que la propia Ley) por las Comunidades Autónomas, en función de la competencia que éstas (en general al amparo del artículo 148.1.20 de la Constitución) han asumido en materia de Asistencia Social y, dentro de ésta, protección de menores. Los temas hacen referencia a la intervención de las entidades públicas de protección de menores, actividad de intermediación en la adopción internacional, acreditación, seguimiento y control de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (ECAIs), relación de los solicitantes de adopción y las ECAIs, idoneidad de los adoptantes, obligaciones postadoptivas de los adoptantes y modificación de determinados artículos del Código civil. El conflicto resulta obvio.

Lo establecido por la Disposición final quinta viene a decir que sólo las Comunidades Autónomas con competencias en materia de Derecho civil pueden regular lo que la ley regula. Las otras no. Y resulta también obvio que el legislador estatal es consciente de la abundante normativa autonómica (en Comunidades con competencias en materia de Derecho civil y *en las demás*) que regula, hasta ahora plácidamente, lo que la nueva ley pretende regular. ¿Cómo salir de este embrollo? Pues ya lo veremos....

Como **conclusión** sobre el tema, si damos por constitucionalmente válidas las actuales normas que regulan en cada Comunidad Autónoma las funciones de sus Entidades Públicas, la acreditación, funcionamiento y control de las ECAIs, y las condiciones para la tramitación de las adopciones internacionales, la Ley invade competencias autonómicas y el legislador estatal no ha establecido mecanismos eficaces de coordinación y homogeneización de procesos y condiciones en todas las Comunidades Autónomas. Para llevar a la ley simples consejos, basta la práctica extralegal que parece existir en la actualidad. La Ley no resuelve los problemas de diferencias en las condiciones de adopción internacional en las distintas CCAA. La homogeneización de dichas condiciones no se garantiza. No resuelve tampoco los problemas que pudieran derivarse de la actividad interterritorial de ECAIs con actividad en más de una Comunidad Autónoma. No establece, a pesar de la prometedor rúbrica del su art. 8, el tipo de relación contractual que se establece entre los futuros adoptantes y las ECAIs; aspecto éste que ya ha llegado en algún caso a los Tribunales.

LA LEY REGULADORA DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL- APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA

Dispone el **artículo 18 de la LAI** que la adopción constituida por juez español se registrará por lo dispuesto en la ley material española en estos dos casos:

a) Cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción;

b) Cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España. Esta misma solución es aplicable cuando se trate de adopción constituida por cónsules españoles.

Así: Primer supuesto: **Residencia habitual del adoptando en España:** Cuando el adoptando tiene su residencia habitual en España, la sociedad española es la sociedad en la que, real y actualmente, se halla integrado el sujeto en el momento presente. Dicha residencia habitual debe valorarse en el momento de constitución de la adopción y no en el momento de iniciarse la fase administrativa de la adopción.

La residencia habitual del adoptando puede definirse como el lugar donde éste tiene su centro social de vida. Exige verificar la presencia física del adoptando en España y su intención de permanecer en tal lugar.

Segundo supuesto: **Residencia habitual futura del adoptando en España:** El inciso b) del artículo 18.1 de la LAI indica que la adopción se constituirá con arreglo a la Ley material española “cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España”.

Para que pueda aplicarse la Ley española a título de “Ley de la futura residencia habitual del adoptando”, es preciso acreditar que el adoptando ha sido o va a ser trasladado a España; y que dicho traslado se realiza con la finalidad de establecer la residencia habitual del adoptando en territorio español. Con frecuencia, los *adoptandos* cambian de país de residencia habitual con ocasión, precisamente, de su adopción (la adopción, por españoles con residencia habitual en España, en relación con un menor que tiene su residencia habitual en el extranjero suele comportar el traslado de la residencia habitual del adoptando a España y su integración en una familia que participa en la sociedad «española»). Por ello, esta «conexión anticipada» es necesaria para evitar la aplicación de la Ley de un país en cuya sociedad el adoptando muy pronto dejará de estar integrado. En consecuencia, carece de sentido aplicar el Derecho de una sociedad que se corresponde con un país que el adoptando va a abandonar de modo inmediato o muy próximo. Esta razón explica que el art. 18.1 b) LAI haya preferido la aplicación de la Ley española cuando es España el país en cuya sociedad el adoptando va a integrarse (Ley del país que corresponde a la sociedad de «integración real» del adoptando).

El traslado del sujeto a España y la intención de establecer su residencia habitual en España constituyen dos extremos que deben ser valorados y acreditados por el juez español competente para la constitución de la adopción internacional. Pero el art. 18 LAI no precisa «cómo proceder» a la acreditación de ambos extremos, serán los jueces los que deben integrar el silencio legal mediante la elaboración de pautas de solución diseñadas para los casos concretos.

El traslado del adoptando a España podrá acreditarse mediante cualquier dato o medio admitido en Derecho, igualmente deberá acreditarse la residencia habitual futura del adoptando en España: Los jueces deberán ponderar todos los datos que puedan coadyuvar a acreditar dicha residencia habitual futura en España.

Casos cubiertos por el art. 18.1.b) LAI. El art. 18.1.b) LAI cubre, realmente, dos supuestos:

(1) El adoptando ya ha sido trasladado a España y queda acreditado que dicho traslado es definitivo, en el sentido de que tiene «la finalidad de establecer su residencia habitual en España». El adoptando se encuentra físicamente en España en el momento de constitución de la adopción, aunque no ha «adquirido» todavía su residencia habitual en España (porque realmente no ha tenido tiempo para ello o no concurren las circunstancias que permite acreditar que, realmente, el sujeto tiene ya en España su «centro social de vida»). Pues bien, este primer supuesto es relativamente sencillo. En efecto, el juez puede comprobar que el adoptando ya no se encuentra físicamente en el país de su residencia habitual «actual», sino que se halla físicamente en España. Ha abandonado el país de su centro social de vida (país donde, normalmente estaba escolarizado, donde tenía radicados sus vínculos personales, etc.);

(2) El adoptando no ha sido todavía trasladado a España (no se encuentra en España en el momento de la adopción), pero el juez queda convencido y acredita que el adoptando va a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España.

Excepciones a la regla general

La regla básica (que consiste en la aplicación de la Ley material española a la constitución de la adopción cuando es España el país de residencia habitual presente o futura del adoptando) experimenta dos excepciones importantes previstas en los artículos 19 y 20 de la LAI. Estas excepciones ordenan o permiten al juez español la aplicación o la toma en consideración de Leyes extranjeras en la constitución de una adopción que se rige por la Ley española. Ello es para tratar de evitar las adopciones válidas en España pero inválidas en otros países también conectados con la concreta adopción internacional.

A) LEY REGULADORA DE LA CAPACIDAD DEL ADOPTADO Y DE LOS CONSENTIMIENTOS NECESARIOS (artículo 19 LAI):

La capacidad del adoptado y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción, se regirán por la ley nacional del adoptando y no por la ley sustantiva española: 1º Si el adoptando tuviera su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción y 2º Si el adoptando no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española, aunque resida en España.

La razón de ser de esta aplicación de la Ley nacional del adoptando radica en el deseo del legislador de reforzar la validez internacional de la adopción.

Se trata de hacer aplicable o de tomar en consideración, en relación con ciertos aspectos de la constitución de la adopción, la Ley nacional del adoptando porque, de ese modo, se potencia la validez, en dicho país, de la adopción internacional constituida en España. El art. 19.2 LAI indica que la aplicación de la ley nacional del adoptando procederá, únicamente, cuando la autoridad española competente estime que con ello se facilita la validez de la adopción en el país correspondiente a la nacionalidad del adoptando. El juez español debe proceder a un juicio anticipatorio de la validez de la adopción constituida en España, en el país de la nacionalidad del adoptando. El juez debe quedar convencido de que la aplicación de la Ley nacional del adoptando potencia y/o asegura, en un alto grado, los efectos legales de la adopción en dicho país. En caso contrario, no tendría ningún sentido aplicar la Ley nacional de adoptando, pues ello sólo complicaría inútilmente la constitución de adopción internacional en España.

La Ley del país cuya nacionalidad ostenta el adoptando no rige «la adopción». Rige sólo «la capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción». Se produce, por tanto, una “aplicación distributiva de Leyes”. Que opera del siguiente modo: la Ley española (Ley de la residencia habitual futura del adoptando) rige todas las cuestiones relativas a la constitución de la adopción, salvo las cuestiones atinentes a la «capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción». Tales aspectos quedan regulados, exclusivamente, por la Ley nacional del adoptando.

Por último, el art. 19.3 LAI dispone que no procede la aplicación de la ley nacional del adoptando prevista en el art. 19.1 LAI cuando se trate de *adoptandos* apátridas o con nacionalidad indeterminada, que en estos casos la adopción se constituirá con arreglo, exclusivamente, a la Ley material española si los adoptandos tienen su residencia habitual presente o futura en España.

Existen numerosos países en cuyos ordenamientos jurídicos se prohíbe la adopción (caso de países como Argelia, Bangladesh, Libia, Marruecos, Mauritania, Pakistán, Sudán, etc., pues es sabido que en el Derecho musulmán clásico no existe la adopción). Otros países no regulan ni contemplan la adopción. La pregunta que surge es: ¿puede, en estos casos, constituirse la adopción en España si el adoptando tiene su residencia habitual «actual» o «presente» fuera de España pero tendrá su «residencia habitual futura» en España?. Pues bien, la cuestión de la adopción en España de un sujeto con residencia habitual presente o futura en España pero nacionalidad de un Estado cuyas Leyes prohíben o desconocen la adopción debe ser resuelta con atención al art. 19.2 LAI. Este precepto indica que «*la aplicación de la ley nacional del adoptando prevista en el párrafo primero de este artículo [art. 19 LAI] procederá, únicamente, cuando la autoridad española competente estime que con ello se facilita la validez de la adopción en el país correspondiente a la nacionalidad del adoptando*». En efecto, el adoptando está integrado o va a integrarse próximamente en la sociedad «española». En España tiene su centro social de vida. En consecuencia, la adopción se debe regir por la Ley sustantiva española y por tanto, la adopción será perfectamente posible, aunque la «Ley nacional del adoptando» no contemple la adopción o la prohíba. La aplicación de Leyes extranjeras por el juez español sólo procede si ello potencia la validez extraterritorial de la adopción. Y, naturalmente, la «aplicación» o «toma en consideración» de las Leyes de los países que prohíben o no contemplan la adopción, en nada ayuda y en nada potencia la validez extraterritorial de la adopción constituida en España. En efecto, el ajuste de una adopción a constituir en España a los términos de una Ley extranjera que prohíbe o no contempla la adopción, no coadyuva a hacer válida en dicho país. El interés superior del menor que tiene su residencia habitual en España impone permitir su adopción en España con arreglo a la Ley española.

Por otra parte, la capacidad de los adoptantes, sean quienes fueren, se rige siempre por la Ley material española si el adoptando tiene o va a tener su residencia habitual en España. Por ello, la adopción será posible aunque la Ley nacional del adoptante la prohíba.

B) LEY REGULADORA DE OTROS CONSENTIMIENTOS, AUDIENCIAS O AUTORIZACIONES (Art. 20 LAI)

El juez español que constituye la adopción podrá exigir, además, que se presten y lleven a cabo “los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la ley nacional o por la ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando”.

Para poder exigir la observancia de estos extremos requeridos por estas Leyes extranjeras, es preciso que concurren estas circunstancias:

(1) Que la exigencia de tales consentimientos, audiencias o autorizaciones repercuta en interés del adoptando. Y se entenderá que concurre «interés del adoptando», particularmente, si la toma en consideración de las leyes extranjeras facilita, según criterio judicial, la validez de la adopción en otros países conectados con el supuesto y sólo en la medida en que ello sea así.

(2) Que la exigencia de tales consentimientos, audiencias o autorizaciones sea solicitada por el adoptante o por el Ministerio Fiscal. Estos sujetos son los garantes del interés del adoptando, y por ello son ellos los que deben solicitarlo y valorar si, en el caso concreto, es pertinente «complicar» la constitución de la adopción en España mediante la observancia de Leyes extranjeras, porque ello puede, al final, beneficiar la situación jurídica del menor.

APLICACIÓN DE LA LEY EXTRANJERA (ART. 21 LAI)

Ya hemos manifestado que la adopción debe regirse por la Ley de la sociedad en la que está o va a estar integrado el adoptando. Es decir, se opta, en todo caso, por la Ley del país en cuya sociedad el adoptando tiene o va a tener próximamente su «centro social de vida».

De esta forma, cuando el adoptando no tenga su residencia habitual en España, y además no haya sido o no vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España, la constitución de la adopción se regirá a tenor de lo establecido en el artículo 21 de la LAI:

1.º Por la ley del país al que ha sido o al que va a ser trasladado el adoptando con la finalidad de establecer su residencia habitual en dicho país (Ley de la residencia habitual futura del adoptando en país extranjero);

2.º En defecto del criterio anterior, por la ley del país de la residencia habitual del adoptando (Ley de la residencia habitual actual del adoptando).

Residencia habitual presente del adoptando en España versus residencia habitual futura del adoptando en país extranjero. La tensión entre la residencia habitual presente del adoptando en España y la residencia habitual futura del adoptando en país extranjero se resuelve, a tenor del artículo 18 LAI, en favor de la residencia habitual presente del adoptando en España Explicación: para el juez español, la acreditación de la residencia habitual futura del adoptando en país extranjero reviste una dosis de incertidumbre notable (comprobar y documentar una residencia habitual «futura» es siempre más complicado que acreditar una residencia habitual «presente» y acreditar una residencia habitual en el extranjero es siempre más difícil, para un juez español, que acreditar una residencia habitual en España). La acreditación de una residencia habitual futura en país extranjero comporta un riesgo de error más elevado. Ello aconseja la aplicación de la Ley de la residencia habitual presente del adoptando en España y no la aplicación de la Ley del país de residencia habitual futura del adoptando en otro país (art. 18 LAI). Se trata, en todo caso, de dar aplicación a la Ley del país más vinculado con el

supuesto concreto de adopción internacional. El juez español debe tener en cuenta dicha directriz que inspira toda norma de conflicto. Y podrá hacerlo a la hora de verificar la concurrencia de la «residencia habitual» del adoptando. En efecto, la verificación de la residencia habitual del adoptando en España no sigue reglas fijas. Un juez español puede estimar, con atención a las circunstancias de un caso concreto, que un adoptando que reside en España pero que va a ser trasladado a un país extranjero con el objetivo de establecer en dicho país extranjero su residencia habitual, ha perdido ya su «residencia habitual» en «España». De ese modo, la Ley española no se aplicará y entrará en escena el art. 18 LAI, con lo que la constitución de la adopción se regirá por la Ley extranjera que corresponde al país en cuya sociedad va a integrarse el adoptando.

Residencia habitual futura del adoptando en España versus residencia habitual presente del adoptando en país extranjero. La tensión entre la residencia habitual futura del adoptando en España y la residencia habitual actual en país extranjero se resuelve en favor de la residencia habitual futura del adoptando en España. Explicación: el juez se encuentra en una posición óptima para acreditar una «residencia habitual futura en España» (país en cuya sociedad el adoptando quedará, «realmente integrado»). En tal caso, puede afirmarse que el juez está en condiciones de garantizar que la residencia habitual futura del adoptando se concretará en España. Por ello, la Ley española rige la adopción (art. 18 LAI).

Residencia habitual presente del adoptando en país extranjero versus residencia habitual futura del adoptando en otro país extranjero. La tensión entre la residencia habitual presente del adoptando en país extranjero y la residencia habitual futura del adoptando en otro país extranjero se resuelve en favor de la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual futura del adoptando. El art. 21 LAI entiende, con razón, que interesa en mayor medida la aplicación de la Ley del país en cuya sociedad va a quedar «realmente integrado» el adoptando (que es la sociedad en la que se establecerá su residencia habitual). Ahora bien, el juez debe proceder a una evaluación de todas las circunstancias del supuesto concreto y debe quedar convencido, sin margen de duda razonable, de que el adoptando va a establecer su residencia habitual en un país extranjero concreto (residencia habitual futura). En tal caso, el juez debe ofrecer una «motivación reforzada». La razón de ello estriba en que la acreditación de una residencia habitual «futura» exige una motivación judicial mucho más exigente que la motivación necesaria para acreditar la residencia habitual «presente».

Adoptando con residencia habitual presente. En el caso de que el adoptando tenga su residencia habitual en un país extranjero y no quedare acreditado el futuro traslado del menor a otro país ni tampoco se acredite la intención del establecer la residencia habitual del adoptando en otro país, la Ley de la residencia habitual presente del adoptando regulará la constitución de la adopción internacional.

LEY DE UN PAIS QUE NO CONTEMPLA O PROHIBE LA ADOPCIÓN

Si la Ley del país extranjero de la residencia habitual presente o futura del adoptando no contempla la adopción o la prohíbe, se denegará la constitución de la adopción en España. En efecto, proceder en este caso a la adopción comportaría un «atentado injustificado contra los modelos jurídicos de organización social de otros países» (SAP Cádiz 3 marzo 2006 pretendida adopción en Ceuta de adoptando marroquí por marroquíes).

La adopción, en este caso, repercute en la sociedad de un país extranjero, sociedad regida por una Ley extranjera. El legislador extranjero tiene derecho a organizar «su sociedad» como tenga por conveniente, sin intervenciones imperialistas de la Ley española. El mismo art. 21 CDN 1989 asume que existen Estados que no admiten ni regulan la adopción y que tienen todo el derecho a no hacerlo. Cada Estado regula su sociedad como considera adecuado, en sintonía con los *standards* sociales, morales e ideológicos de dicho país. Por otro lado, la aplicación de estas Leyes extranjeras no resulta contraria al orden público internacional español. Explicación: el caso está claramente «desvinculado de España» o, como dice el art. 23 LAI, el supuesto no presenta «vínculos sustanciales» con España, por lo que activar el orden público internacional español carece de sentido (la sociedad española no se ve amenazada por la aplicación de ninguna Ley extranjera, ya que dicha Ley no regula un supuesto integrado en la sociedad española, sino en la sociedad de otro país extranjero). Además, el interés del menor está salvaguardado, pues en dichas Leyes extranjeras existen otras instituciones de protección del adoptando, presumiblemente, un menor, como la tutela, defensor judicial, proahijamiento o semejantes. El potencial adoptando no queda jurídicamente desprotegido. Ejemplo: un matrimonio español con residencia habitual en Ceuta desea adoptar, ante juez español de dicha ciudad, a un menor de nacionalidad marroquí con residencia habitual en Tánger. Pues bien, si los adoptantes no acreditan que la futura residencia habitual del adoptando se va a concretar en España, la Ley marroquí regirá esta adopción (art. 21 LAI). Y como la Ley marroquí prohíbe la adopción, ésta no podrá ser constituida por el juez español.

Por el contrario, si el menor reside en España o se acredita que va a ser trasladado a nuestro país en virtud de la adopción, se podrá constituir la adopción de dicho menor ante el juzgado español. En este sentido **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, de 8 de julio de 2008 dictada en el recurso 230/2008 (LA LEY 135812/2008)**: Se solicita la adopción de un menor nacido en Marruecos. La adoptante obtiene el certificado de idoneidad emitido por la entidad competente; mediante sentencia de un Juzgado de Primera Instancia de Marruecos se declara que el menor es un niño abandonado; por resolución de ese mismo Juzgado de Marruecos designa la Tutela Dativa “Kafala” a la adoptante; el menor se traslada a España con la adoptante. Nos encontramos ante un supuesto en el que hay un menor residiendo en España, bajo la guarda y cuidado de la adoptante, a quien se ha otorgado la kafala por la autoridad judicial competente del país de origen del menor, que solicita ante las autoridades judiciales españolas la constitución de la adopción. Dispone el mencionado Auto que el artículo 9.5 del Código Civil, después de la redacción otorgada por la Ley 24/2007, que la adopción internacional se regirá por las normas contenidas en dicha Ley y que las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción Internacional. La competencia para la constitución de la adopción a los Juzgados y Tribunales españoles la atribuye el artículo 14 de la LAI. Son los artículos 18 y 19 de la referida Ley los que determinan la legislación aplicable al presente supuesto, que es la Ley española, en tanto el adoptando tiene su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción (artículo 18.a) y adquirirá, en virtud de la adopción, la nacionalidad española (artículo 19.1 b). Residiendo adoptante y adoptado en Catalunya, la legislación aplicable es la contenida en el Codi de Família. Resuelve dicho Auto acordando la adopción del menor.

Por el contrario, la **Sentencia del TSJ de Madrid, de 31 de enero de 2008, Sección 3ª, Recurso 2423/2007**, reconoce la prestación de orfandad por fallecimiento de la madre en acogimiento de dos niños marroquíes, en base a que la Ley marroquí (KAFALA) no admite la adopción. Establece que procede su reconocimiento al contemplar un acogimiento de menores similar al que se atribuye en la legislación española a la adopción prescindiendo del requisito de filiación. La negativa por no existir la filiación exigida al adoptado implicaría una discriminación ante la igualdad de derechos socio-económicos reconocidos en ambas situaciones, ya que la adopción como filiación no existe en la ley marroquí.

EL REENVÍO DE RETORNO EN EL ARTÍCULO 21 LAI

El legislador ha dejado abierta la puerta, con plena conciencia, a un «reenvío de retorno» en el art. 21 LAI. Esta decisión del legislador va dirigida a obtener una más justa solución en la determinación de la Ley aplicable a la adopción internacional. La LAI evita el «reenvío» cuando la adopción se rige por la Ley española. En efecto, el art. 18 LAI se refiere con toda claridad, a la *ley material española*, por lo que el reenvío es imposible. La frase que contiene el art. 18.1 LAI ([l]a adopción constituida por la autoridad competente española se regirá por lo dispuesto en la *ley material española* en los siguientes casos [...] puede, en efecto, a primera vista, parecer sin sentido en lo que se refiere a la expresión «*ley material española*». Porque, naturalmente, se puede pensar que la remisión que hace el art. 18 LAI en favor de la Ley española como Ley aplicable a la adopción no puede ser más que en favor de la Ley «material» española. Pero esto es sólo una impresión que se obtiene si dicho precepto se lee de modo aislado. Una atención más cuidada en la lectura del precepto permite descubrir que, mientras que el art. 18 LAI se remite a la Ley «material» española, el art. 21.1 LAI se remite, sin más, a la Ley de la residencia habitual del adoptando, sin incluir la expresión «*Ley material del país de la residencia habitual*». Esta diferencia, significa que cuando el art. 21 LAI remite a la Ley de un país extranjero en cuyo territorio el adoptando tiene o va tener su residencia habitual, se podrá aceptar, en su caso, el reenvío que las normas de conflicto del país extranjero correspondiente a la residencia habitual del adoptando, puedan hacer en favor de la Ley material española. En efecto, la posibilidad de aceptar un reenvío de retorno que las normas de conflicto extranjeras puedan hacer en favor de la Ley material española (art. 12.2 CC)), queda abierta en el caso de que la Ley reguladora de la adopción sea una Ley extranjera (art. 21 LAI). La utilización de la expresión Ley material en el artículo 18 de la LAI evita toda duda sobre si el reenvío de primer grado es o no es posible: el reenvío es posible.

Ahora bien, el reenvío de retorno no es un mecanismo «obligatorio». Es una herramienta, un instrumento al servicio de las normas de conflicto. El juez utilizará el reenvío si estima que permite alcanzar resultados convenientes y justos (utilización «selectiva» del reenvío). En particular, el juez puede aceptar el reenvío que las normas de conflicto extranjeras hacen en favor del Derecho sustantivo español si observa que el reenvío «perfecciona» y «ajusta» la «localización» o selección del Derecho aplicable regulador de la adopción. Todos los legisladores del mundo localizan la adopción en un concreto país con la intención de hacer aplicable la Ley del país más vinculado con la adopción (Ley del país cuya sociedad se entiende más afectada por la concreta adopción, que es también la Ley del país cuya aplicación comporta los «costes de transacción conflictuales» más reducidos para los sujetos implicados en la adopción). Todos los legislado-

res del mundo creen disponer de las normas de conflicto que mejor realizan el «principio de proximidad». Pero a partir de ahí, se disparan las diferencias entre los legisladores estatales. El legislador español entiende que el criterio «residencia habitual del adoptando» garantiza en mayor medida el objetivo perseguido (el principio de proximidad), pues la residencia habitual del adoptando apunta directamente a la aplicación de la Ley del país en cuya sociedad se integra la nueva familia. Si dos adoptantes alemanes con residencia habitual en España adoptan en España a un menor marroquí con la intención de residir de modo estable y permanente en España, es la Ley española y no la Ley alemana ni la marroquí, la Ley de la sociedad donde habita y reside habitualmente la familia. Por el contrario, otros legisladores estatales prefieren sujetar la constitución de la adopción a la Ley nacional de los adoptantes (Italia, Francia, Bélgica, etc.). Lo hacen porque consideran que la Ley nacional del adoptante corresponde a la Ley del país en el que va a habitar el adoptando, país del que, normalmente, dicho adoptando será ciudadano en el inmediato futuro. Ahora bien, todo legislador puede cometer errores en su «propósito localizador». También el legislador español. Por ello, en ocasiones, la adopción puede quedar sujeta, *ex art. 21 LAI*, a una Ley extranjera (en general, Ley del país de la residencia habitual del adoptando), pero puede apreciarse que el adoptando se va a integrar en el país de la nacionalidad de los adoptantes. El juez español aceptará el reenvío si con dicho mecanismo se puede descartar la aplicación de la Ley extranjera cuando sea España, y no dicho país extranjero, el país más estrechamente vinculado con la adopción (el país cuya sociedad se encuentra afectada, en mayor grado, por la adopción, que coincidirá con el país cuya Ley esperaban ver aplicada los sujetos intervinientes en la adopción). El reenvío de segundo grado (la remisión que las normas de conflicto del país de la residencia habitual del adoptando pueden hacer en favor de las Leyes de otros países que no sean España), está prohibido en todo caso (*vid. art. 12.2 CC a sensu contrario*).

Puede afirmarse que la constitución de la adopción queda regulada por un Derecho extranjero porque así lo ordena la norma de conflicto española. Sin embargo, se aprecia que la «conexión real» de dicha situación con tal Derecho extranjero es muy débil. Con otros términos, puede subrayarse que todos los datos del supuesto lo vinculan con España, salvo el punto de conexión empleado por la norma de conflicto española, que vincula el caso con un Derecho extranjero. Puede entonces afirmarse que la norma de conflicto española localiza «incorrectamente» el supuesto en un país y en un Derecho extranjero. Pues bien, en tales casos, el reenvío puede operar para «reajustar» la localización y hacer aplicable a la constitución de la adopción, la Ley del país más conectado con el supuesto, que es la Ley española.

Un ejemplo puede ayudar a comprender las ventajas de un reenvío funcional en materia de constitución de la adopción internacional. Un menor de nacionalidad marroquí con residencia habitual en Bayona (Francia) es adoptado ante juez español de Pamplona por adoptantes españoles con residencia habitual en dicha ciudad. Los adoptantes no acreditan que la futura residencia habitual del adoptando se vaya a concretar en España. La Ley francesa rige esta adopción (art. 21 LAI: Ley de la residencia habitual «actual» del menor). Ahora bien, las normas de conflicto francesas indican que la adopción se rige por la «Ley nacional de los adoptantes». Ello conduce a la Ley material española, pues ambos adoptantes ostentan la nacionalidad española. El legislador francés entiende que el menor quedará integrado en la sociedad española. En efecto, el menor adquiere la nacionalidad española en virtud de la adopción *ex art. 19 CC* y puede razonablemente pensarse que existe una cierta posibilidad de que el menor se integrará en

la sociedad española y que puede venir a vivir a España. Las normas de conflicto francesas efectúan un «reenvío de retorno» en favor de la Ley española. El juez español acreditará si, en efecto, las circunstancias del supuesto permiten pensar que la familia se integrará en España. En caso afirmativo, el juez español aceptará el reenvío de retorno (art. 12.2 CC) en favor del Derecho español y aplicará la Ley sustantiva española a la constitución de la adopción.

CONSTITUCIÓN DE ADOPCIONES SIMPLES POR AUTORIDAD JUDICIAL ESPAÑOLA

Estas adopciones simples o menos plenas se caracterizan por estos datos.

- (a) Crean vínculos de filiación entre adoptando y adoptantes;
- (b) No suponen la ruptura de los vínculos jurídicos con la familia de origen;
- (c) Suelen ser revocables;
- (d) Con frecuencia, no producen los mismos efectos que la adopción plena en lo que se refiere al «contenido de la filiación».

En la actualidad, estas adopciones simples o menos plenas no existen en Derecho Civil español. En 1987, el legislador español estimó oportuno eliminar este tipo de adopciones del Ordenamiento Jurídico español (salvo ciertos supuestos transitorios). La protección de la infancia y el régimen de la adopción en la «sociedad española» son cuestiones que deben quedar sujetas al Derecho español y el Derecho español, como se ha indicado, no admite las «adopciones simples». Dicho esto, es también cierto que ello no comporta necesariamente «cerrar los ojos» a la realidad de las adopciones simples en otros países. Porque tales adopciones simples existen en otros Ordenamientos Jurídicos estatales. Sin embargo, el legislador español si establece los filtros y las condiciones en las que pueden penetrar en España y en la sociedad española estas adopciones.

El artículo 30.1 LAI refleja la opción del legislador español respecto de las adopciones simples «extranjeras»: éstas sobreviven en España como tales «adopciones simples»

La cuestión más polémica se refiere a la posibilidad de que las autoridades judiciales españoles puedan constituir adopciones simples en el caso de que una Ley extranjera que las contemple sea aplicable *ex art. 18 LAI*. Pues bien, el art. 1.2 LAI incluye, sin duda ninguna, en el concepto de «adopción internacional», tanto la adopción plena como la adopción simple.

En el caso de que el adoptando tenga su residencia habitual presente o futura en España, la Ley que rige la adopción es la Ley sustantiva española, por lo que no cabrá constituir una adopción simple por juez español (esa adopción se integra en la sociedad española y la sociedad española se rige por la Ley española, que no admite la adopción simple).

En el caso de que el adoptando tenga su residencia habitual presente fuera de España y no vaya a ser trasladado a España para fijar su residencia habitual en España, la adopción se regirá por una Ley extranjera. Si en dicha Ley se contempla la adopción simple, el juez español podrá constituir dicha adopción simple. El juez español podrá, sin embargo, rechazar la constitución de tal adopción simple regida por una Ley extranjera si considera que dicho ordenamiento produce consecuencias contrarias al orden público internacional español y en particular porque la adopción simple no encaje con el interés superior del menor.

EL ART. 9.6 DEL CÓDIGO CIVIL

Establece el **artículo 9.6 del Código civil** que: “La tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la Ley nacional de éste. Sin embargo, las medidas provisionales o urgentes de protección se regirán por la Ley de su residencia habitual.

Las formalidades de constitución de la tutela y demás instituciones de protección en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas se sustanciarán, en todo caso, con arreglo a la Ley española.

Será aplicable la Ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español.”

Hay que diferenciar dos supuestos:

Incapaces mayores de edad y menores acompañados: en este caso se aplicará siempre la ley personal del incapaz o menor.

Menores de edad no acompañados: se aplicará la ley española, bien por aplicación del último párrafo del artículo 9.6, bien por aplicación imperativa de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba su reglamento de ejecución.

A) Incapaces mayores de edad y menores acompañados

De primera lectura del artículo 9.6 Código Civil se deduce que la tutela y demás instituciones de protección del incapaz (incluyendo menores) se regularán por su Ley nacional. Por lo tanto, cuando se plantee ante un Juzgado español una demanda de incapacitación de un extranjero, un acogimiento, o cualquier otra figura jurídica de protección de un incapaz extranjero, deberá aplicarse siempre su propia ley Nacional, con la dificultad de conocer dicha Ley nacional y la prueba de su aplicación ante los Juzgados españoles.

No obstante, el procedimiento de constitución y demás formalidades se regirán siempre por la Ley española. Pero una cosa es esa, y otra que el juez español debe aplicar la legislación española, (Código civil o legislación foral si es el caso). Se deberá estar siempre a la ley nacional del menor o incapaz.

Es claro el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (Auto número 93/2007 de 15 de septiembre JUR\200860601). Unos abuelos pretenden constituir una tutela sobre su nieto, de nacionalidad marroquí, residentes todos en España. El juez de primera instancia número 4 de Ceuta dictó Auto acordando desestimar la solicitud presentada por los demandantes, declarando no haber lugar a la constitución de la tutela de un menor marroquí. Se pretende la tutela de un menor de nacionalidad marroquí, y por tanto habrá que estar a su ley personal.

El Código de familia marroquí establece que el tutor del menor es el padre, si ha fallecido o está privado de capacidad, la madre, y en tercer lugar el tutor testamentario, designado por el padre o por la madre mayor de edad o la persona en quien delegue. En su defecto corresponde al Juez de menores que nombra un representante que actúa bajo su supervisión.

Entiende el mencionado Auto que, para que exista desamparo y se adopten medidas de protección de acuerdo con la Ley española es preciso que conforme al artículo 172.1, párrafo segundo el menor esté privado de la necesaria asistencia moral o material, lo que aquí no puede sostenerse pues en los documentos que se aportan precisamente se señala que el menor está perfectamente atendido en todos los extremos posibles por sus dos abuelos. No existe posibilidad de utilizar el término desamparo ni la adopción de medidas de protección, único supuesto en que de acuerdo con el artículo 9 del Cc y respecto de menores abandonados, cabría aplicar la ley española (conforme a ésta habría una guarda de hecho), Como se dijo con anterioridad siendo el menor de nacionalidad marroquí la tutela y demás instituciones de protección se rigen por su ley personal, por lo que es absolutamente inapropiado solicitar, por el hecho de que se hallen en territorio español, la constitución de la tutela conforme a la ley española. Si entiende la parte que no es de aplicación la ley de la kafala, debió acreditar que norma del derecho marroquí es de aplicación al supuesto en cuestión, conforme establece el artículo 281 de la LEC, lo que si es cierto es que desde el 4 de febrero de 2004 está vigente, y es obligatorio para todos los marroquíes, el Código de Familia en Marruecos (Moudawana) que determina la tutela en las personas dichas sin que puedan ser nombrados los abuelos existiendo un orden preceptivo antes apuntado no constando que hayan fallecido ni que hayan perdido su capacidad sus padres.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de fecha 14 de septiembre de 2004 (JUR\2006\94014). Esta sentencia si bien no es propiamente de derecho civil, es muy interesante, por cuanto que reconoce autorización de residencia a un menor marroquí acogido a la Kafala islámica; entiende que la Kafala reúne los elementos necesarios para producir efectos en territorio español y equipara la kafala a la tutela de menores en España. La Administración denegó el permiso de residencia al menor al considerar que la figura jurídica de la Kafala no es equiparable a la tutela de menores en España ya que la patria potestad sigue siendo ejercida por los padres, y por tanto carecería de los elementos para producir efectos en territorio español. Establece la sentencia que teniendo en cuenta que el artículo 27.4 de la L.O. 4/2000 establece que el ejercicio de la potestad, de otorgamiento de denegación de visados se sujetará a los compromisos internacionales vigentes en la materia, no cabe duda, que estando reconocida la kafala islámica en el artículo 20 de la Convención de los Derechos del Niño asumido por España como una institución de protección del menor y aunque efectivamente no sea equiparable a la tutela regulada en el Código Civil (artículos 172 y siguientes), ello no puede impedir el reconocimiento de la exención de visado del menor que se encuentre en España al cuidado de su tía residente legal, en virtud de una institución legal propia del ordenamiento del menor que produce plenos efectos jurídicos tanto para el menor como para la actora que sumió su guarda y garantía de todos sus derechos legales y administrativos entre los que se encuentra el de protección a través de la Kafala islámica.

B) Incapaces menores no acompañados

Establece el último párrafo del artículo 9.6 del Código Civil que “será aplicable la Ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español.”

Es decir, cuando nos encontramos ante un menor (constado que efectivamente sea menor de edad por medio de las distintas pruebas de determinación de la edad), debe-

ría la administración, a través de los servicios públicos de protección de menores correspondiente y, en aplicación del mencionado artículo y de acuerdo con las leyes españolas, asumir la tutela de dicho menor.

Sin embargo, la legislación civil choca con la Ley Orgánica 4/2000 (artículo 35.3) y su Reglamento de ejecución (artículo 92.4 RD 2393/2004) que establece el procedimiento a seguir cuando los Cuerpos y Seguridad del estado localicen a un menor extranjero indocumentado.

Como en su condición de menor de edad no puede ser sancionado con la expulsión (como se hace con los extranjeros en situación irregular mayores de edad), lo que procede hacer a los MENA es un expediente de repatriación con la finalidad de que dichos menores se reagrupen con sus familiares, bien en sus países de origen, bien en el lugar donde estos se encuentren, o subsidiariamente, la tutela por los servicios de protección de menores de su país de origen.

La normativa de extranjería va dirigida a propiciar que el menor retorne a su país de origen. Pero la repatriación está sujeta a una serie de **requisitos** para asegurar el respeto al principio de interés superior del menor. Dichos requisitos se encuentran recogidos en el artículo 92 del R.D. 2393/2004 (Reglamento de Extranjería):

- El primer requisito a cumplir consiste en la necesaria localización de la familia del menor o, en su defecto, de los servicios de protección de menores de su país de origen, para lo que deberán verificarse las gestiones necesarias por parte de la Comisaría General de Extranjería ante las Embajadas y Consulados correspondientes. Esto salvo que no exista representación diplomática en España, en cuyo caso, estas gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.

- Como segunda garantía a cumplir, ha de respetarse el derecho del menor a ser oído en el expediente de repatriación; que incluye no solo el derecho a preguntarle su opinión al respecto, sino el derecho previo a ser informado sobre sus derechos, las circunstancias en las que se encuentra, las decisiones que respecto a él pueden ser acordadas y los medios y vías de recurso con las que cuenta (Recogido en el Informe del Defensor del Pueblo sobre Asistencia jurídica a extranjeros en España). Este trámite de audiencia la menor debe verificarse con las garantías debidas y, en particular, con asistencia jurídica independiente a la de la Administración. (Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Huesca de fecha 13 de octubre de 2006 dictada en P.A. 296/2006 que, entre otras causas estimó la demanda interpuesta contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Huesca que ordenaba la repatriación por haberse vulnerado el trámite de audiencia al menor).

- Otra garantía igualmente relevante en orden a resolver si el menor debe reintegrarse con su familia o, al menos, retornar a su país de origen se vincula a la información que necesariamente debe conseguirse respecto a su identidad y circunstancias personales y socio-familiares. Y es que, aún en el caso de haberse localizado a la familia del menor o, en su defecto a los servicios de protección de menores del país de origen, el Reglamento prevé que la repatriación solo se acordará si se dan las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen y, adicionalmente, que no procederá la repatriación de verificarse la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o de sus familiares. Por ello, aunque la reintegración familiar sea, en principio, lo más conveniente para el menor, tal decisión no puede ser adoptada

sino tras la realización de un informe de los servicios de protección de menores a cuyo cargo se encuentra el menor, individualizado de las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

- La legalidad del proceso de repatriación se garantiza también por la intervención del Ministerio Fiscal, al que se le comunican todas las actuaciones llevadas a cabo en el curso del mismo, en cuanto que le corresponde la defensa de los derechos e intereses de los menores. En relación con la intervención del Ministerio Fiscal en la repatriación de los MENA, la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, ordena a los fiscales verificar que en la tramitación de los expedientes de repatriación se ha respetado el contenido mínimo establecido por la normativa de extranjería y, por ende, el interés del menor; esto es que se ha respetado el derecho del menor a ser oído, que se ha evacuado el informe por los servicios de protección de menores, que la repatriación se ha acordado por el Delegado o Subdelegado del Gobierno, que se dan las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen y que no se haya verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares.

En todo caso, la decisión de repatriación debe atender al interés superior del menor; de forma, que aunque, a priori, el interés del menor se encuentre vinculado a su derecho a no ser separado de su familia, no siempre la reintegración familiar es lo que más interesa al menor.

En definitiva, en la vigente normativa de extranjería se articula un marco legal que establece mecanismos de control para evitar que lo que es una repatriación en interés del menor se convierta en una expulsión de hecho. No obstante, la práctica demuestra que en los expedientes de repatriación tales garantías no son siempre respetadas, habiéndose detectado importantes irregularidades al respecto. El problema ha llegado a los Tribunales y se están dictando resoluciones judiciales que están resolviendo en el sentido de impedir las repatriaciones de menores cuando no son acordadas en interés del menor, sino como medidas de expulsión carentes de cobertura jurídica.

Acordada la repatriación esta es susceptible de ejecución como cualquier otro acto administrativo, si bien la resolución puede ser objeto de impugnación ante los tribunales por parte de los interesados, quienes igualmente podrán solicitar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la suspensión de la decisión de repatriación.

En tanto se tramita el expediente de repatriación, se lleve a cabo esta o no, **el Estado español tiene la obligación de proteger a todos los menores que se encuentren en su territorio en igualdad de condiciones que los menores españoles**, en virtud de los tratados internacionales de los que España forma parte (Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos del Niño) y de las propias normas nacionales (L.O. 1/1996 de Protección del Menor, o incluso el propio artículo 9.6 del Código Civil).

De este modo, deberá asumirse la tutela por la entidad pública de protección, aunque sea de forma provisional. No obstante, la Administración en numerosas ocasiones se limita a asumir una mera guarda de hecho.

En caso de no procederse a la repatriación del menor a su país de origen, bien porque se haya resuelto la permanencia de éste en España o bien porque se haya acordado la repatriación y ésta no haya podido ejecutarse, el menor quedará a cargo de los servicios de protección de menores con carácter permanente hasta su mayoría de edad o su emancipación. Es el momento oportuno para que la Administración declare el desam-

paro y asuma la tutela ex lege del menor, en caso de no haberlo hecho todavía y además proceda a regularizar su situación en España.

Establece el artículo 92.5 del Reglamento de Extranjería que “transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, de acuerdo con el apartado 2, y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen, si ésta no hubiera sido posible, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. En todo caso, el hecho de no contar con autorización de residencia no supondrá obstáculo para el acceso del menor a aquellas actividades o programas de educación o formación que, a criterio de la entidad de protección de menores competente, redunden en su beneficio. El hecho de que se haya autorizado la residencia no será impedimento para la repatriación del menor, cuando posteriormente pueda realizarse conforme a lo previsto en este artículo. En el caso de menores tutelados por la entidad de protección de menores competente que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la citada autorización de residencia y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales, a la que se hará extensivo lo dispuesto en el artículo 40.j de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero”.

En cuanto a la forma de ejercer la guarda de los MENA por parte de la Administración tutora, se ha optado preferentemente por el acogimiento residencial, sobre todo cuando se trata de menores a partir de determinadas edades (que son la mayoría), aunque en ocasiones se constituyan acogimientos familiares con familias de su misma etnia o religión.

El modo de proceder en Aragón respecto de los MENA: desde el momento en que un menor extranjero es localizado, incluso antes de la prueba de la determinación de la edad, la Administración asume la tutela provisional, una tutela cautelar, que prevé la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la adolescencia en Aragón, y luego, una vez determinada la edad, los declaran en desamparo y asumen la tutela automática de modo formal, independientemente de que los pretendan repatriar igualmente.

A mi modo de ver, el tema de los menores ya sean acompañados o no, no ofrece mucha problemática, por cuanto que en un caso se aplicará la ley personal y se adoptarán las medidas de protección determinadas por su ley personal y asumirán su tutela los parientes cercanos (realmente estos casos no son muy frecuentes y como ya hemos visto con la Sentencia de Cádiz nombrada con anterioridad, la jurisprudencia es clara y hay que acreditar la ley personal) o la propia administración en el caso de que el menor permanezca en España.

Planteamiento distinto del tema sería el caso de los mayores incapaces. Se va a plantear y de hecho ya se está planteando con los extranjeros comunitarios que pueblan nuestras costas, el tema de las incapacitaciones de estos extranjeros cuando llegan a la tercera edad y sufran demencias seniles. ¿Qué pasará con estos extranjeros, y me estoy refiriendo no a los comunitarios, sino a los de otras nacionalidades cuando haya que incapacitarlos? En principio y conforme a lo establecido en el artículo 9.6 del Código Civil la tutela se rige por la ley personal y habrá que estar a dicha legislación. Desconozco lo que pasará cuando no se pruebe dicha ley personal, imagino que la casuística dará soluciones para todos los gustos.