

Trabajo Fin de Grado

Título del trabajo:

“Circunstancias que imposibilitan la adopción internacional según el régimen jurídico español: la cláusula chadiana.”

Title:

“Circumstances that preclude International Adoption under the Spanish Legal System: the Chadian Clause.”

Autora:

Irene Montero Jordán.

Directora:

Katia Fach Gómez.

Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.
Curso 2016-2017.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	3
I. INTRODUCCIÓN	4-5
II. ADOPCIÓN INTERNACIONAL.....	6-17
1. Ley aplicable.	
2. Concepto de adopción internacional.	
3. Dificultades para su regulación.	
4. Algunos datos estadísticos sobre España como país adoptante.	
III. CIRCUNSTANCIAS QUE IMPOSIBILITAN LA ADOPCIÓN.....	18-21
1. Articulo 4.2 LAI	
2. Momento en el que se aplican.	
IV. LA CLÁUSULA CHADIANA.....	22-34
1. Origen: L'Arche de Zoe.	
2. Contenido.	
3. Motivos por los que incluir la cláusula en la regulación.	
4. Interés superior del niño.	
V. CONCLUSIÓN PERSONAL.....	35-36
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	37-40

LISTADO DE ABREVIATURAS

LAI	Ley de Adopción Internacional (ley 54/2007).
UE	Unión Europea.
ECAIs	Entidades Colaboradoras en la adopción internacional.
CH 1993	Convenio de la Haya de 1993, relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional.
ONG	Organización no Gubernamental.
Art.	Artículo.
CORA	Coordinadora de Asociaciones en Defensa de la Adopción y el Acogimiento
CC	Código Civil
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (Ley 1/1996, modificada en Ley 26/2015)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA.

En este trabajo trataré la llamada Cláusula Chadiana, término con el que se hace referencia al artículo 4.2.a) de la Ley de Adopción Internacional (Ley 54/2007). Supone la imposibilidad de tramitar adopciones de menores cuyo país de origen esta, o ha estado recientemente, inmerso en un conflicto bélico o se haya visto afectado por una catástrofe natural.

El origen lo encontramos, como desarrollaré en el trabajo, en la situación vivida en el Chad en 2007, cuando dicho país se encontraba en guerra y una ONG francesa aprovechó el contexto para secuestrar a algunos menores con el fin de ponerlos en adopción, cuando estos no habían sido declarados adoptables, ni eran huérfanos, ni estaban abandonados.

2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS.

El tema escogido me resulta de un interés considerable. Supe de la existencia de dicha cláusula durante la exposición de unos compañeros en una asignatura del Grado, y despertó en mi un interés y curiosidad que quise aprovechar a la hora de escoger el tema de mi Trabajo de Fin de Grado.

Creo, y según lo que he experimentado puedo decir, que la reacción de la mayoría de personas en el momento de conocer el precepto es de sorpresa, ya que quizás podríamos pensar que cuando en un país se vive alguna de las situaciones recogidas es el momento en el que los menores, que son posiblemente los sujetos más vulnerables, necesitan más ayudas y más hay que fomentar las adopciones como forma de sacarlos de dicho país para que no sufran.

A pesar de que este puede ser el primer pensamiento, debemos plantearnos que si el legislador ha incluido este apartado en nuestra legislación, habrá un motivo. Hay que profundizar más allá de ese primer pensamiento para poder aclarar las situaciones que pueden derivarse de una adopción en esas circunstancias, descubriendo que aunque podría ser una forma de ayudar a algunos de esos menores, también es una oportunidad para aquellas personas que quieran aprovecharse de la situación e incluso incurrir en delitos como el de sustracción de menores. Esto no es algo hipotético, sino que ha sucedido, por ejemplo en Haití en 2010, o en el Chad en 2007

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO.

Mi objetivo es que al finalizar la lectura del trabajo, quede claro el contenido y la explicación del apartado al que se llama Cláusula Chadiana, por lo que he intentado seguir un esquema que vaya de lo más general a lo más concreto.

El primer punto trata sobre la adopción internacional. Es un tema muy amplio, por lo que me he centrado en la legislación aplicable), el concepto de adopción y otros aspectos cuyo conocimiento considero de utilidad para la comprensión del resto de trabajo y fundamentalmente de su tema principal.

Posteriormente trato brevemente el artículo 4.2 LAI, que es el que contiene todas las circunstancias que imposibilitan la tramitación de adopciones internacionales, explicando las situaciones que se recogen.

Finalmente, abordare el núcleo del trabajo, que es la Cláusula Chadiana. Desde su origen hasta el principio del interés superior del menor, que es tremadamente importante a la hora de justificar que el legislador haya incluido la cláusula en nuestro ordenamiento.

II. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.

1. LEY APPLICABLE

1.1 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional.

La Ley de adopción internacional, a la que comúnmente se hace referencia con la abreviatura LAI, es la norma de producción interna en España en el ámbito de adopción internacional. Fue modificada por última vez en 2015, dando una vuelta al texto en varios aspectos, de los cuales algunos serán comentados.

Regula la competencia judicial internacional en cuanto a la constitución de adopciones transfronterizas, la ley aplicable, los efectos jurídicos que tienen en España aquellas adopciones que han sido constituidas en el extranjero, la intervención de las Entidades Públicas (Entidades Colaboradoras en la adopción internacional, más conocidas como ECAIs) en cuanto al papel de protección que desempeñan, así como su intervención y funciones, y por último el régimen jurídico de otras formas de protección distintas a la adopción, por ejemplo, el acogimiento.

A) Exposición de Motivos

Como toda ley, el contenido de la misma se introduce a través de una Exposición de Motivos en la que se trata y comenta la materia regulada.

En este caso comienza ofreciendo una visión general de la situación que ha motivado la regulación de la adopción internacional en una norma de derecho interno. Se hace referencia a <<las circunstancias económicas y demográficas de determinados países, en los que muchos niños no han podido encontrar un ambiente propicio para su desarrollo>>¹ que junto al descenso de nacimientos en España constituyen las razones principales que explican el notable aumento de adopciones en las que la parte adoptante son nacionales o residentes en España.

Esto pone de relieve determinadas situaciones sociales que han hecho precisa una nueva regulación que adecúe el plano jurídico al social.

¹ Exposición de motivos, I, Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

Uno de los aspectos a los que se le da mayor importancia es el respeto al interés del menor que es adoptado así como sus derechos fundamentales, de manera que pueda desarrollar su personalidad en un entorno familiar adecuado.

Igualmente se muestra como una forma de acabar con la dispersión normativa de la anterior legislación en la materia, dando garantías y seguridad jurídica, beneficiando a todas las partes implicadas.

Para su redacción se toman como base algunos principios contenidos en instrumentos tanto de ámbito nacional como europeo e internacional. Conjuga valores de la Constitución española de 1978 con lo dispuesto en diferentes instrumentos internacionales que están presentes así mismo en el ordenamiento español.

Resultan especialmente trascendente la influencia de << los principios contenidos en el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, en la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, considerados sobre todo desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional (Resolución de la Asamblea General 41/1985, de 3 de diciembre de 1986), en el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, ratificado por España mediante Instrumento de 30 de junio de 1995>>. ²

A nivel interno han sido especialmente importantes las conclusiones obtenidas por la Comisión del Senado sobre adopción internacional.

La acción de conjugar los principios y valores de todos estos instrumentos ha dado lugar a una ley que actúa sobre todo como medida de protección de los niños, menores, que no pueden encontrar en su familia biológica un contexto propicio para desarrollarse personalmente, y de manera que los proceso de adopción se hagan siempre con prioridad por el interés del menor. De la misma manera, se trata de un instrumento que lucha contra la sustracción, venta y tráfico de niños que desgraciadamente se pueden dar en determinadas condiciones, y contra la discriminación del menor por cualquier condición o causa injustificada.

² Exposición de motivos, II, Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

B) Análisis del articulado.

La LAI contiene un total de 34 artículos, una disposición adicional, una disposición derogatoria y seis disposiciones finales. Se divide en tres títulos en los que se regulan las disposiciones generales, la idoneidad de los adoptantes y otras medidas de protección de menores, respectivamente.

Centrando la atención en el objeto principal de este trabajo, “Circunstancias que imposibilitan la adopción internacional, en concreto, la Cláusula Chadiana”, esta sección se va a centrar en el análisis del Capítulo I del Título I de la referida ley.

El artículo 1 establece el ámbito de aplicación de la ley. Es interesante el apartado 2, que contiene la definición legal de adopción internacional.

Los artículos 2 y 3 regulan el objeto y finalidad de la ley, así como los principios que la informan inspirando sus valores y principios, aspectos ya tratados en la Exposición de Motivos.

Resulta de especial interés el artículo 4, referente a la Política Exterior. En sus apartados 1,3,4,5 y 6 regula algunas funciones de la Administración General del Estado junto a las Entidades Públicas a la hora de determinar el inicio de los trámites de adopción, los países que pueden participar o no como estados de origen de los menores y otra cuestiones de control o número de expedientes cuya tramitación se permite. El apartado 2 determina tres circunstancias que suponen la imposibilidad de dar trámite a la adopción de aquellos menores que sean nacionales o residan en otro Estado.

En cuanto a las ECAIs, el texto les dedica los artículos 5 a 9, contenidos en el Capítulo II. Entre sus funciones, establecidas en el art.5, se encuentran la de gestionar la información que deben recibir las partes implicadas tanto en España como en el país de origen del menor, facilitando a los futuros adoptantes la formación necesaria que pudiera serles útil durante y después del proceso, tramitar los ofrecimientos de adopción, expedir certificados de idoneidad de la familia, etc. También en el artículo 6.2 se dice que << La función de intermediación en la adopción internacional podrá efectuarse por las entidades Públicas directamente con las autoridades centrales en los países de origen de los menores que hayan ratificado el Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993 >>. ³

³ Artículo 6.2 de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional.

1.2 Convenio de la Haya de 1993.

El Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional (CH 1993) se aplica a un gran número de Estados (tanto miembros como no miembros de la UE), que son tanto países de origen como receptores de los menores que son adoptados, por lo que se puede considerar como un instrumento de gran importancia en el plano internacional.

Al igual que en la LAI, en el comienzo se hace referencia a la necesidad de los niños de desarrollar su personalidad en un contexto adecuado y que les permita crecer en un entorno que se califica como armónico. Se expone la adopción internacional como un medio de protección del menor y un instrumento para que encuentre ese entorno propicio si en su lugar de nacimiento o con su familia biológica no le es posible obtenerlo.

El texto, al igual que muchos otros que regulan la misma materia, se preside por el principio del interés superior del niño. Recoge los principios de diferentes instrumentos internacionales, entre los que destaca el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989; y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos aplicables a la Protección y al Bienestar de los Niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional (Resolución de la Asamblea General 41/1985, de 3 de diciembre de 1986),

A) Objetivos.

El CH 1993 se adoptó para lograr la consecución de unos objetivos determinados, contenidos en el artículo 1:

Garantizar que las adopciones se lleven a cabo siempre en atención al principio del interés superior del menor y el respeto por sus derechos fundamentales reconocidos a nivel internacional; en segundo lugar, trata de evitar el tráfico, venta y sustracción de menores a través de un sistema de colaboración entre las Autoridades centrales de los Estados que forman parte; por último, persigue el reconocimiento de pleno derecho de las adopciones que se realicen según lo establecido en el Convenio.

B) Mecanismos.

Para la consecución de los objetivos mencionados, el CH 1993 establece diferentes mecanismos:

La publificación de las adopciones, creando lo que puede considerarse una fase administrativa previa. La base de dicha fase es la cooperación entre las autoridades de los Estados implicados, debiendo las autoridades controlar cuidadosamente la constitución de las adopciones, con el fin de evitar el tráfico de menores, que suele encubrirse con el aspecto de una adopción legalizante.

Se busca que el Convenio sea ratificado por el máximo de países, tanto aquellos de los que proviene el menor como lo de recepción, ampliando así su efecto útil.

También, debido a los diferentes modelos de adopción existentes a nivel internacional, aumenta su radio de aplicación declarándose aplicable en todo tipo de adopciones.

Finalmente, establece que las adopciones que se constituyan de manera acorde al contenido del Convenio, sean reconocidas de pleno derecho (artículo 23 CH 1993), de manera que los países que forman parte del Convenio reconozcan esas adopciones obviado el exequatur o cualquier tipo de homologación. De esta forma se reduce considerablemente el número de <<adopciones claudicantes>> tal y como denominan Calvo Caravaca y Carrascosa González, aquellas adopciones que son <<válidas en un país, pero consideradas no existentes ni válidas en otros países>>. ⁴

C) Condiciones de las adopciones internacionales.

En el Capítulo II del CH 1993 se recogen algunas condiciones generales que se imponen sean cumplidas por las Autoridades competentes de uno y otro Estado para que puedan tener lugar las adopciones.

En el artículo 4 establece como necesario que desde el Estado de origen se confirme que el niño es adoptable y que la adopción respeta el interés superior del niño, además deben asegurarse de que tanto las instituciones como en ocasiones su familia, han sido

⁴ CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ; “Derecho de Familia Internacional”, capítulo IV.

debidamente informados antes de prestar su consentimiento, dando gran importancia también a que esto se cumpla en la figura del menor cuando tenga una edad y un nivel de madurez suficiente.

Por otro lado, desde el Estado de recepción, las autoridades se aseguran de que el niño pueda entrar y salir del país, y de informar a los padres adoptivos que han debido ser declarados aptos.

2. CONCEPTO DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL.

2.1 Concepto del CH 1993.

El Convenio de la Haya de 1993 no contiene un artículo que defina específicamente la adopción internacional, sin embargo, al establecer su ámbito de aplicación en el artículo 2 permite deducir qué se entiende por adopción internacional en este texto.

El artículo 2 del CH 1993 dice así:

<<1. El Convenio 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.

2. El Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación >>⁵.

Es visible que la redacción difiere en algunos aspectos de la que da la LAI. Para la CH 1993 los puntos clave son: residencia habitual, traslado de un Estado a otro y establecimiento de vínculo de filiación.

En primer lugar, la residencia habitual del menor en un Estado que va a ser el de origen. A diferencia de en otros casos, no se habla de nacionalidad como criterio, sino de residencia habitual.

Después, que dicho menor haya sido, sea, o vaya a ser desplazado desde el Estado de origen en el que tiene su residencia habitual, a otro Estado, que es el de recepción. Con esta parte se aplica el carácter de transfronterizo al proceso de adopción, al ser trasladado de un país a otro. El momento del traslado o la forma de tramitarlo resulta indiferente ya que se dan distintas opciones en el propio artículo.

⁵ Artículo 2, Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional.

Por ultimo da suma importancia al establecimiento de vínculo de filiación por medio de la adopción.

2.2 Reformas legislativas del 2015.

En el año 2015 se llevaron a cabo diversas reformas legislativas, algunas de las cuales afectan a la adopción internacional.

Una de las modificaciones más significativas fue la de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia

Poniendo en relación esta modificación con el contenido de la LAI, se plantea un cambio en la definición del propio concepto de adopción internacional que la Ley 54/2007 da, que a su vez era parecida pero no igual que la de la CH 1993.

Anteriormente el art.1.2 LAI determinaba dos puntos clave en el concepto de adopción internacional, que era el establecimiento de un vínculo de filiación y que hubiese un elemento extranjero, que se determinase tanto por la nacionalidad como por la residencia habitual de los padres adoptantes o del menor adoptando. Esta forma de tratar el concepto se asimilaba a la de la CH 1993 en cuanto a la existencia de vínculo de filiación, de tal forma que también podía entenderse que abarcaba la adopción simple.

Sin embargo, la discordancia, tal y como expone la profesora Sánchez Cano <<estribaba en que este solo se aplica a las adopciones transnacionales, en las que se produce el desplazamiento internacional del adoptado>>⁶

Ahora, tras la modificación que ha venido de la mano de la Ley 26/2015, el articulo 1.2 LAI dice así: <<A los efectos del título I de esta ley se entiende por adopción internacional aquella en la que un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España.>>⁷

Cabe analizar dos puntos:

Por un lado, el establecimiento de vínculo de filiación queda suprimido, lo que supone que ya no quede claro si se pueden incluir otro tipo de adopciones, como la simple o incluso las medidas de protección.

⁶ SANCHEZ CANO, M.J; en <<Nuevo régimen jurídico del menor, la reforma legislativa de 2015>>.

⁷ Articulo 1.2 Ley 54/2007, de Adopción Internacional.

Tras analizar otros artículos de la LAI, se deduce que aunque no se hable expresamente del vínculo de filiación, queda implícito en el mismo artículo 1.2, por lo que esos tipos diferentes de adopción sí que podrían subsumirse.

Por otro lado, y a diferencia de lo dispuesto en la CH 1993, se especifica que el adoptando ha de ser menor de edad, aunque no se aclara si esto supone que deba tener menos de 18 años. Además la autoridad que corresponde ha tenido que declarar su condición de adoptable.

3. DIFICULTADES PARA SU REGULACIÓN.

3.1 Aspectos psicológicos y culturales.

Desde el punto de vista psicológico, la adopción genera un impacto muy elevado para ambas partes, tanto adoptantes como adoptados.

Por otro lado, se puede decir que frecuentemente las adopciones internacionales suponen un importante cambio en cuanto al círculo cultural, social y personal. Esto queda intensificado por el hecho de que los adoptantes suelen ser personas que residen en algún país del llamado Primer Mundo, mientras que los menores adoptados provienen de países no desarrollados que pertenecen al conocido como Tercer Mundo.

Esta diferencia, de alguna forma repentina, en el entorno del adoptado puede llevar a un agudo contraste cultural entre ambos modelo de vida. Una muestra es que <<una de cada cinco adopciones internacionales fracasa, como modo de integración del menor en una familia, por motivos psicológicos-culturales>>. ⁸

3.2 Los diferentes modelos de adopción en Derecho comparado.

El hecho de que no haya un concepto de adopción claro y uniforme para todos los Estados, ni siquiera los europeos, hace que actualmente podemos considerar de carácter relevantes los conflictos de leyes que se dan en la materia. Tal es así, que a día de hoy los países establecen modelos de adopción diferentes:

En primer lugar, la adopción publicada, modelo que se reconoce en diversos países occidentales, entre ellos España.

⁸ CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ; “Derecho de Familia Internacional”, capítulo IV.

La regulación de estos Estados trata de configurar la adopción como una forma o institución de protección del menor que es adoptado, lo que puede suponer una serie de consecuencias: el principio del interés superior del menor preside el régimen jurídico; las autoridades deben llevar un control sobre los trámites que se siguen en la adopción, lo cual también implica que la adopción deja de tener carácter privado, deja de ser un contrato entre las partes; deja ver la importancia de la cooperación internacional entre las autoridades de los países implicados en los procesos de adopción internacionales.

En segundo lugar, la adopción privada, que por ejemplo se da en Estados Unidos. Supone que, a diferencia del caso anterior, la adopción es un negocio jurídico privado entre adoptantes y adoptados, o la familia del mismo, principalmente la madre biológica. Cuando el contrato se ha cumplido, la adopción se formaliza a través de autoridad, bien judicial, bien administrativa.

Este modelo ofrece a los padres adoptantes la posibilidad de decidir y elegir al niño que va a ser adoptado, proceso que se da con rapidez y que comporta elevados ingresos para los padres biológicos del menor.

Por último, se debe hacer referencia a aquellos estados que por motivos principalmente históricos, mantienen un modelo de anti-adopción. Concretando, son los países musulmanes los que según las enseñanzas del Corán han prohibido de forma expresa tanto que un menor musulmán sea adoptado, como que los musulmanes adopten, es decir, los habitantes que se rigen por la ley de estos países no pueden identificarse como ninguna de las partes que participan en un proceso adoptivo. Sin embargo, esto no significa que los menores que carecen de padres o familia biológica queden desamparados, ya que se ofrecen otros mecanismos de protección, como la *Kafalah*.

3.3 La internacionalización de la adopción.

Durante el siglo XX aparecieron numerosos huérfanos de guerra. Con este nombre se hace referencia principalmente a los colectivos que aparecieron en el siglo XX como consecuencia de las dos guerras mundiales, además de otros conflictos bélicos más recientes como la guerra de la antigua Yugoslavia o las que se han calificado como <>guerras olvidadas>> en algunos países de África y Asia. También es un factor a tener en cuenta el desmoronamiento del Telón de Acero que derivó en crisis económica en Europa del Este.

El resultado, tal y como exponen Calvo Caravaca y Carrascosa González, es que <<la existencia de estos grandes grupos de huérfanos en determinadas zonas y países del mundo particularmente faltos de condiciones económicas, sociales y políticas estables y prósperas, hizo necesario extender la adopción a los menores de edad sin familiar y potenciar la adopción de estos menores por sujetos del Primer Mundo>>. ⁹

Otro factor que ha influido de forma muy relevante en la internacionalización de la adopción ha sido la caída de la natalidad de Occidente, acompañada por el aumento de población en el Tercer Mundo, hasta el punto de calificarse como superpoblación.

Quiere decir que mientras en los países desarrollados el crecimiento es cero, o incluso negativos, en los países menos desarrollados, donde las condiciones sociales, económicas y políticas son tremadamente inestables, la natalidad es notablemente superior. Los menores que nacen en dichos estados no pueden encontrar un entorno válido para su desarrollo personal, lo que en Occidente es bien sabido, incentivando así las solicitudes de adopción desde los países más desarrollados hacia los del Tercer Mundo.

4. ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS SOBRE ESPAÑA COMO PAÍS DE RECEPCIÓN.

Tal y como señala S. Adroher Biosca, <<la adopción internacional en España es un fenómeno característico de los años 90 [...] Se ha dicho que España ya en el 2000 es el tercer país receptor del mundo>>¹⁰

Son datos que reflejan la poca cantidad de adopciones internacionales que se tramitaban en la década de 1990, quizás por la poca publicidad y fomento que por entonces se daba a este tipo de adopciones, además de unas condiciones más difíciles o costosas a la hora de trasladarse, por ejemplo, la familia adoptante al país de origen del menor que va a ser adoptado.

Año	1990	1995	2000	2001
Adopciones internacionales	100	435	3062	3428

⁹ CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ; “Derecho de Familia Internacional”, capítulo IV.

¹⁰ ADROHER BIOSCA S; “Sustracción internacional de menores y adopción internacional”,

Se puede apreciar un aumento considerable en el cambio de siglo, pasando 435 a 3062 adopciones internacionales en un solo año.

Si en los años 90 el continente del que provenían la mayoría de los niños adoptados era América Latina, a partir del 2000 la preferencia es para Europa del Este, con 1569 adopciones, seguido de Asia (1107 adopciones).

Como curiosidad, comentar la situación inversa que experimentan las adopciones nacionales en el mismo tiempo:

Año	1990	1995	2000
Adopciones internas	2159	1406	872

La explicación a este cambio de tendencia en las adopciones, puede tener como principales causas lo mencionado respecto a la internacionalización de la adopción: los huérfanos de guerra y la caída de la natalidad.

Es decir, en los años previos a la crisis económica que comenzó en 2008, las adopciones internacionales en los que España actuaba como estado receptor se fueron incrementando cada vez más hasta situarnos en una de las posiciones más altas.

Es decir, en los mismos años las adopciones internacionales se dispararon, principalmente las de menores provenientes de Europa del Este, mientras que las adopciones nacionales, en el interior de España, disminuyeron notablemente.

Aunque este tipo de trámites pasan por diferentes etapas de subidas y bajadas, las que aquí se mencionan, tanto en el plano internacional como en el nacional, destacan por la amplia diferencia que experimentan tanto aumentando más del doble, como disminuyendo más de la mitad.

Sin embargo, al comenzar la crisis y en los años posteriores, cuando la situación económica y social estaban en su peor momento, esto se vio reflejado también en las

¹¹ ADROHER BIOSCA S; “Sustracción internacional de menores y adopción internacional”, p.141.

estadísticas referentes a los procesos de adopción internacional, elaboradas por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad¹²

Año	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Adopciones	2891	2573	1669	1191	824	799

En conclusión, con la entrada del sigo XXI y hasta el inicio de la crisis económica de 2008 el número de adopciones internacionales, en las que España actuaba como estado receptor, aumento de una forma muy notable hasta situarnos en el tercer lugar a nivel mundial; a la par que las adopciones dentro del propio país descendían a más de la mitad en 10 años. Posteriormente, al iniciarse la crisis, las adopciones internacionales comenzaron a descender de nuevo, experimentando además un cambio en el país de origen de los menores adoptados.

Respecto a esto, en el periódico El País se publicó un artículo que confirma e incluso explica lo dicho, respecto al periodo 2010-2014:

<<Han bajado en un 72% (de 5.000 a 900) las solicitudes internacionales, porque los plazos en el exterior no han dejado de alargarse.

Entre 2005 y 2010, cuando hubo un boom de adopciones en otros países, superando las 5.000, el tiempo medio de espera era de dos años. Actualmente, ese plazo puede llegar a los ocho años, según CORA (Coordinadora de Asociaciones en Defensa de la Adopción y el Acogimiento).

La ratificación del Convenio de La Haya, que protege mejor el interés y el cuidado del menor, pero que endurece los requisitos, y el cambio de políticas de adopción en países como Rusia o China justifican las cifras>>. ¹³

III. CIRCUNSTANCIAS QUE IMPOSIBILITAN LA ADOPCION INTERNACIONAL.

¹² <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/Infancia/adopciones/estadisticas.htm>

¹³ http://politica.elpais.com/politica/2016/08/26/actualidad/1472222349_195851.html

1. ARTICULO 4.2 LAI

El artículo 4 de la Ley 54/2007 trata las cuestiones de Política Exterior, siendo el apartado 2 en concreto el que recoge aquellas circunstancias que harán imposible tramitar la adopción internacional:

<<No se tramitarán ofrecimientos para la adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado en las siguientes circunstancias:

- a) Cuando el país en que el menor adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural.
- b) Si no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción y que remita a las autoridades españolas la propuesta de asignación con información sobre la adoptabilidad del menor y el resto de la información recogida en el párrafo e) del artículo 5.1.
- c) Cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la misma no respeten el interés del menor o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales referidos en el artículo 3>>.¹⁴

El primer apartado utiliza como condicionante la residencia habitual del menor en el país que esté sufriendo la situación de guerra o catástrofe natural, se trata de la llamada cláusula chadiana.

<<El caso más habitual será aquel en el que en medio de un conflicto bélico o tras una catástrofe natural determinados sujetos tratan de aprovechar esas situaciones para sacar a los menores de estos estados con objeto de traficar con ellos>>.¹⁵

A pesar de que en esos supuestos puede ser habitual que tanto la residencia habitual como la nacionalidad correspondan al mismo estado, en el precepto solo se habla de residencia habitual por lo que el criterio de la nacionalidad queda descartado.

En el segundo apartado se hace una remisión al artículo 5.1 LAI sobre la intervención de las Entidades Públicas, en cuyo párrafo e) dice que corresponderá a las Entidades Públicas españolas << Recibir la asignación del menor de las autoridades competentes del país de

¹⁴ Artículo 4.2 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional.

¹⁵ HERRANZ BALLESTEROS.M, en <<Prohibiciones y limitaciones del artículo 4 de la ley 54/2007: entre los objetivos de la norma y la realidad en su aplicación. >>

origen en la que figure información sobre su identidad, su adoptabilidad, su medio social y familiar, su historia médica y necesidades particulares; así como la información relativa al otorgamiento de los consentimientos de personas, instituciones y autoridades requeridas por la legislación del país de origen>>. ¹⁶

Esto quiere decir que debe haber, es obligatorio para poder tramitar la adopción en España, que en el país de origen haya una autoridad competente determinada para realizar todo lo establecido en este precepto, es decir, será su función la de recoger información sobre el menor en cuanto a identidad, adoptabilidad, entorno, salud, etc.

Por lo tanto, si el Estado de origen del menor carece de dicha autoridad, las Entidades Públicas españolas no podrán siquiera comenzar el proceso para tramitar la adopción del menor procedente de dicho estado.

El último párrafo del artículo 4.2 LAI establece que no se tramitaran ofrecimientos cuando en el país de origen << Cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la misma no respeten el interés del menor o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales referidos en el artículo 3>>. ¹⁷

A diferencia del párrafo anterior, la prohibición aquí no viene causada por la falta de autoridad sino que puede ser que esta sí que exista y este determinada, pero eso no suponga una garantía de que el proceso vaya a realizarse dando al interés superior del menor la prioridad que las normas le dan.

En el artículo 3, el cual se menciona, se recogen los principios informadores de la LAI, los cuales vienen inspirados por distintos instrumentos internacionales que a su vez se nombran en la Exposición de Motivos de la ley: << los principios contenidos en el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, en la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños [...], en el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, ratificado por España mediante Instrumento de 30 de junio de 1995>>. ¹⁸

2. MOMENTO DEL PROCESO EN EL QUE SE APLICAN.

¹⁶ Artículo 5.1.e) Ley 54/2007 sobre Adopción Internacional.

¹⁷ Artículo 4.2.c) Ley 54/2007 sobre Adopción Internacional.

¹⁸ Exposición de Motivos Ley 54/2007 sobre Adopción Internacional.

Inicialmente la adopción es un mecanismo de ayuda para aquellos menores que no tienen un entorno positivo para su desarrollo, y que por lo tanto, bien por parte de la propia familia biológica o bien por decisión institucional, se considera oportuno que el niño sea trasladado a otro país en el que una familia con mejores condiciones lo criara y educara creando un vínculo de filiación.

<<En la tramitación de una adopción internacional tiene lugar un proceso en el que concurren diversas etapas que van, desde la presentación de la solicitud por los interesados hasta su reconocimiento en España. A lo largo de su desarrollo se despliegan situaciones de naturaleza administrativa y también judicial>>¹⁹

Las circunstancias que imposibilitan la tramitación del expediente de adopción internacional actúan en la primera etapa del proceso: información sobre la adopción internacional.

Aquellos que realmente estén interesados en ser adoptantes pueden informarse en los centros de la autoridad competente de cada Comunidad Autónoma. Tras estar bien informados acerca del procedimiento y sus condiciones, si siguen interesados en el proceso, podrán presentar solicitud que dará origen al expediente, adjuntando la documentación pertinente. Se dirigirá a un país determinado ya que posteriormente, en la siguiente etapa, el certificado de idoneidad también irá a ese país en concreto.

Dicho país será elegido en consideración de diferentes aspectos, los normativos y los de carácter práctico.

En el plano normativo, es importante que el país elegido tenga un organismo oficial que sea competente para llevar a cabo las tramitaciones de las adopciones; también es pertinente un análisis previo de algunas condiciones que pueden darse en el proceso de tramitación, principalmente en lo que afecta al tiempo, por ejemplo lo que tendrán que esperar para la pre-asignación o cuanto tendrán que permanecer en el país; es favorable para la tramitación que el país escogido sea parte del Convenio de la Haya de 1993, ya que los Estados que lo han ratificado guían en proceso conforme a unas normas que garantizan de forma prioritaria el interés del menor, tratando la adoptabilidad del niño

¹⁹ GOMEZ CAMPELO, E; <<La Ley 54/2007 de adopción internacional: un texto para el debate>>.

con transparencia, lo que significa que este no tenga padres o le hayan abandonado, por lo que ha sido declarado adoptable por la autoridad administrativa que tenga la competencia; finalmente es también importante que se haga una valoración de la situación que en ese momento hay en el país en concreto, sobre todo en el ámbito político y social que afecte a la estabilidad.

Este último aspecto es el que, de forma implícita, remite al artículo 4.2 LAI que establece aquellas circunstancias que desde la normativa se impone que harán imposible tramitar una adopción con ese país, por ejemplo, que este esté inmerso en un conflicto bélico (art.4.2.a LAI).

En cuanto a los aspectos de carácter práctico, habrá que tener en cuenta las características del país en cuanto a cultura, costumbres, entorno...peculiaridades que podrán influir en la integración o el rechazo del menor en el país de recepción; el estado de la sanidad o la economía del país de origen, normalmente más precaria que la del estado de acogida, puede ayudar a extender algunas situaciones que se den cuando el menor llegue al país de recepción y comience a recuperarse; por último y muy importante, la edad, ya que el menor cuanto más años tenga ha podido acumular más experiencias que es posible que dificulten su adaptación.

La siguiente etapa es aquella en la que se atiende a la idoneidad de los adoptantes, que también están sujetos a condiciones para poder ser parte en el proceso de tramitación de una adopción internacional.

IV. LA CLÁUSULA CHADIANA

1 ORIGEN: EL ARCA DE ZOE.

El término Cláusula Chadiana hace referencia al artículo 4.2.a) LAI, el cual dice que <<No se tramitarán ofrecimientos para la adopción de menores nacionales de otro país o

con residencia habitual en otro Estado en las siguientes circunstancias: a) Cuando el país en que el menor adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural >>. ²⁰

Esta disposición resulta en un primer momento chocante, ya que se podría pensar que resulta más favorable para los menores de los países afectados que sean adoptados y así poder crecer lejos del conflicto o desastre que se está dando en su país de origen.

Sin embargo, posteriormente a la reflexión anterior, se llega a la cuestión de que por algún motivo el legislador habría decidido integrar esa disposición en el ordenamiento jurídico.

1.1 Caso de la ONG Arca de Zoe.

A) Hechos, proceso y veredicto.

Así, para comprender el porqué del apartado, puede ser de ayuda analizar en primer lugar el origen de la cláusula chadiana. Dicho origen está en una situación que se dio en 2007 en Chad con la ONG llamada L'Arche de Zoe:

<<Los hechos se remontan a abril de 2007 cuando la asociación inició una campaña para salvar 10.000 niños de Darfur, provincia desolada por la guerra, proponiendo a familias de acogida encargarse de huérfanos de menos de 5 años. Con tal fin, L'Arche de Zoe recibió grandes sumas de dinero de familias francesas, a las que se prometió la adopción de huérfanos nacidos en Darfur, frontera con Chad. Pese a las advertencias y avisos del gobierno francés, en total 358 familias francesas se vieron involucradas en estas adopciones internacionales de huérfanos que, tras un proceso de identificación, se descubrió que en realidad eran niños chadianos, y que la mayoría tenían algún parente o tutor>>. ²¹

<<El Arca de Zoe, justificaba la evacuación de los niños en su web asegurando que la intención era ayudar a niños huérfanos actuando bajo el amparo de la ley del derecho internacional.

²⁰ Artículo 4.2.a) Ley Adopción Internacional.

²¹<http://www.millenniumdipr.com/n-38-miembros-de-la-organizacion-1%C3%83%C6%92%C3%82%C2%A2%C3%83%C2%A2%C3%A2%E2%82%AC%C5%A1%C3%82%C2%AC%C3%83%C2%A2%C3%82%C2%A2%E2%82%AC%C5%BE%C3%82%C2%A2arche-de-zoe-juzgados-a-partir-de-hoy-3-de-diciembre-en-francia>

El proyecto, presentado en abril, quedaba acreditado con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Antes de profundizar en la evacuación de los menores, cómo se llevaría a cabo y cómo podrían las familias europeas acoger a los niños, la organización citaba artículos textuales de ambos documentos internacionales>>. ²²

Posteriormente a los hechos, el proceso para aclarar la culpabilidad de los miembros de la ONG se alargó varios meses. El diario francés *Le Monde* recogió día a día este proceso, que quedó resumido de la siguiente forma:

<<Los responsables fueron arrestados antes de embarcarse en un vuelo en Abéché. El presidente del Chad, Idriss Déby, acusó a la ONG de estar llevando a cabo una acción de secuestro de los 103 niños que estaban a punto de salir del territorio.

En un primer momento fueron encarcelados en Chad y Francia consigue su extradición para ser juzgados por los tribunales franceses. Paralelamente, uno de los intermediarios locales admite haber presentado a 60 niños como huérfanos de Darfur cuando en realidad no lo eran >>. ²³

El caso del Arca de Zoe fue abierto en 2012 y finalizó en 2014. Para el presidente de la asociación, Eric Berteau, y su compañera y asistente, Emilie Lelouch, quienes en un primer momento declararon que no confiaban en la justicia, la sentencia les condena a dos años de cárcel (sin cumplimiento de condena) y cinco años de inhabilitación para ejercer cualquier actividad relacionada con ayuda, acogida o adopción de menores.

De nuevo el periódico francés *Le Monde* recoge los últimos puntos del proceso y expone el veredicto recién mencionado:

<<Las preguntas serenas de los jueces y la dureza benévola del Fiscal, los habían alentado poco a poco a librarse de hostilidad para explicarse.

"Ustedes no son ni los bandidos ni los estafadores sin escrúpulos, en el sentido en que el público en general entiende la expresión" había dicho el Abogado del Estado, concediendo que hasta habían podido "cometer delitos de buena fe". "Pero ustedes se

²² <http://www.elmundo.es/elmundo/2007/10/30/solidaridad/1193750402.html>

²³ <http://www.francescaprince.com/blog/?p=2070>

atribuyeron el derecho a actuar en nombre del Estado, en el lugar del Estado. Esto no es imprudente, es un error ", había dicho.

Por su moderación, la decisión del Tribunal de Apelación da a los dos autoproclamados héroes de Darfur, que se erigían como víctimas de la actuación política, diplomática y popular, en su lugar de trabajadores humanitarios cinco años de inhabilitación [...] >>. ²⁴

En conclusión, la sentencia que finalmente se aplicó a los dos miembros más importantes de la asociación fue de cinco años de inhabilitación (sin deber cumplir los dos años de prisión que también se pedían inicialmente) ya que se tuvo en cuenta la buena fe en los actos que realmente eran constitutivos de delito.

Se trata de un caso muy importante, ya que además de la gravedad de los hechos que podrían haber desembocado en el secuestro de un gran número de niños, la noticia cruzó fronteras y apareció en los medios de comunicación de varios países.

Cabe mencionar que los sucesos relatados sirvieron de inspiración para una película titulada <<Los caballeros blancos>> (*Les chevaliers blancs*) estrenada en Bélgica en el año 2015, tras haber finalizado el proceso.

2. CONTENIDO DE LA CLÁUSULA.

Según el contenido del precepto tratado, no se tramitarán las adopciones internacionales <<a) Cuando el país en que el menor adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural >>. ²⁵

Para analizar el contenido, es conveniente desglosarlo:

Por un lado, en el artículo se especifica que el país debe ser el de residencia habitual del menor, dejando a un lado la nacionalidad, aunque habitualmente ambas circunstancias coincidan.

La Comisión Europea explicó el concepto de residencia habitual, aclarando que <<se basa en sus situación familiar, en los lazos familiares o en la duración y la continuidad de su presencia en el Estado miembro en el que se encuentre>>²⁶ también es importante tener

²⁴http://www.lemonde.fr/societe/article/2014/02/15/proces-de-l-arche-de-zoe-juste-peine-juste-place_4367139_3224.html

²⁵ Artículo 4.2.a) Ley Adopción Internacional.

²⁶ www.eldiario.es

en cuenta otros aspectos, como si la vivienda es permanente o el lugar donde el sujeto tiene su fuente de ingresos (aunque para el caso de la adopción internacional esto no es relevante).

Aunque dichos parámetros sean los que dio la Comisión Europea, pueden subsumirse en el resto de relaciones internacionales ya que el concepto de residencia habitual se utiliza para todos los países y es muy frecuente en el Derecho Internacional Privado.

El apartado que da lugar a la Cláusula Chadiana continúa delimitando su ámbito de aplicación, esta vez a aquellos países que atraviesen una situación de conflicto bélico o catástrofe natural. Ambas son circunstancias extremas, que alteran el orden y equilibrio de un país en muchos aspectos.

En cuanto a los conflictos bélicos, estos pueden definirse como un enfrentamiento o una guerra en la que dos o más grupos armados luchan, pudiéndose ver involucrados tanto civiles como militares. Puede estar causado por diversas razones, por ejemplo, económica, política, religión o cuestiones étnicas.

ACNUR publicó una lista con los principales conflictos armados que actualmente existen en el mundo: las guerras de Siria, la República Centroafricana, Sudán del Sur, Yemen y Colombia.

Finalmente en lo referente a las catástrofes naturales, es el término que se utiliza para designar aquellos fenómenos naturales que han superado un determinado límite de normalidad, que se mide a través de parámetros especiales para cada tipo de fenómeno, por ejemplo, la escala de Richter para los movimientos sísmicos.

Cuando se da una catástrofe de este tipo, influye en gran medida el nivel económico y de desarrollo del país en cuestión, ya que de esto dependerá el impacto que tenga para la sociedad y los daños que pueda producir.

3. MOTIVOS POR LOS QUE INCLUIR LA CLÁUSULA EN LA REGULACIÓN.

Analizando el caso de la ONG Arca de Zoe, se puede apreciar la necesidad de regular determinados aspectos que quizás en un primer planteamiento no presentan problema alguno.

A veces el desconocimiento de este tipo de situaciones hace que en la sociedad se tenga una idea difuminada, aunque no necesariamente errónea, de este tipo de procesos que son complejos y entrañan más trámites y cuestiones de las generalmente conocidas.

Al hablar de adopción la consideración siempre es buena, es positivo adoptar a un menor, no parece que haya espacio para pensar en puntos negativos, sin embargo, es el conocer experiencias como la del 2007 en Chad, las que permiten hacer una reflexión un tanto más profunda acerca de lo bueno y malo del proceso.

El artículo 4.2.a) LAI, la cláusula chadiana, especifica que el país de origen debe encontrarse <<en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural>>²⁷. Son casos que, gracias a los medios de comunicación, se conocen a nivel mundial y se emiten imágenes incluso a tiempo real que permiten apreciar lo extremo de la situación del país afectado. Parece la instancia idónea para adoptar a los niños que están viviendo en primera persona esas circunstancias. Pero, aunque la intención es positiva, el caos o lo extremo de la situación también abre la puerta a otro tipo de actos que además de ser negativos, llegan incluso a ser delito.

Un buen ejemplo es el caso del Arca de Zoe, en el que se les atribuía un delito de intento de secuestro de menores.

Tal y como indica Herranz Ballesteros, <<en un principio, hablar de tráfico internacional de menores y de adopción supone tratar dos conceptos situados en polos opuestos, si con la adopción se procura el interés del menor, cuando se trata de tráfico de menores el objetivo se sitúa en su explotación con independencia de sus formas. Sin embargo, ambas realidad, con fines y objetivos distintos, han encontrado una realidad donde confluyen cuando bajo la situación de una adopción se procede a traficar con menores o en caso de que el comercio de menores se realice con fines adoptivos>>. ²⁸

Estas conductas, además de ser importante problema en la actualidad, han ido aumentado a causa de las grandes desigualdades estructurales entre los países que participan del proceso de adopción como estados de origen o de acogida.

El motivo principal por el que incluir un precepto como la cláusula chadiana es evitar este tipo de actos que degradan algo tan beneficioso como puede ser la adopción de menores que realmente necesitan ser trasladados a otro entorno en el que poder desarrollarse. Los niños son sujetos vulnerables, por lo que es necesario que exista regulación dirigida

²⁷ Artículo 4.2.a) Ley 54/2007 de adopción internacional.

²⁸ HERRANZ BALLETEROS, M; en << Sustracción internacional de menores y adopción internacional>>, p.213

específicamente a proteger sus derechos y se incluya en numerosas normativas el respeto al interés superior del menor.

4. EL INTERES SUPERIOR DEL MENOR COMO PRINCIPIO PRIORITARIO.

4.1 Dimensiones y perspectiva

En el apartado I.A, 6 de la Observación General 14 (2013) del Comité de Derechos del Niño, se trata el Interés Superior del Menor desde la consideración de su triple naturaleza: es un derecho sustantivo de los niños en general, que además supone una obligación para el Estado, siendo de aplicación directa; también es un principio interpretativo fundamental y una norma de procedimiento.

En ese mismo precepto se recogen los criterios de aplicación e interpretación del Interés Superior del menor: el derecho a la vida, que engloba sus necesidades más básicas; deseos, sentimientos y opiniones y participación progresiva; derecho a su familia de origen; identidad, cultura, religión, no discriminación y atención a la discapacidad.

Además se determinan unos criterios de ponderación: la edad y madurez del menor, igualdad y no discriminación, efecto del transcurso del tiempo, estabilidad de las soluciones y tránsito a la edad adulta.

Por último, se establecen unas garantías para el menor a lo largo del proceso: derecho a ser informado, oído y escuchado y a poder participar; intervención de profesionales y expertos en el transcurso del proceso; y que los progenitores o tutores puedan participar del mismo.

Este principio suele enunciarse en referencia al interés del menor, sin embargo, no hay un precepto que especifique su aplicación únicamente a aquellos adoptados menores de edad. Cabe entender que los mayores tienen más capacidad para buscar y defender sus intereses, sin necesidad de quedar permanentemente respaldado por la literalidad de la norma. Esto no quiere decir que el principio del interés superior del adoptando (abarcando así a menores y mayores de edad) no se pueda aplicar a aquellos que han superado la mayoría de edad, lo que por ejemplo se refleja en el art.176 Cc que menciona <<el interés del adoptando>>, sin hacer ninguna discriminación por razón de edad.

Para poder hablar del Interés Superior del Menor hay que concretar las perspectivas que abarca:

En primer lugar, su perspectiva personal, supone la exigencia de que se dé importancia a los deseos, aspiraciones y expectativas del menor, que además debe poder expresarlas para que sean escuchadas y valoradas según los mecanismos de ponderación establecidos, En segundo lugar, es importante tener éste en cuenta el ámbito familiar. Se da prioridad al mantenimiento del menor en su familia de origen, hasta que desde un punto de vista objetivo se considere que es perjudicial para el menor y su desarrollo, para lo que es preciso decir que <<las mayores expectativas económicas o sociales no son suficientes para provocar su desarraigo y sustitución por las que le ofrezca la familia de acogida o adopción>>²⁹. También se refleja en la intención de mantener la relación del menor con sus progenitores, así como la unidad de hermanos.

En tercer lugar, la perspectiva social que se contempla al hacer referencia a su integración social en su entorno, de una forma normal, respetando sus derechos fundamentales (educación, salud, libertad de pensamiento y expresión, intimidad, honor, propia imagen), fomentando sus valores, la tolerancia y solidaridad, la convivencia no discriminatoria, y previniendo algunas situaciones que pueden ser peligrosas y se dan actualmente, como las drogas, fundamentalismos, violencia, etc.

Por último, desde las instituciones se debe cuidar el Interés Superior del Menor, velando por la toma de decisiones objetivas, sin que ninguna persona u organización pueda participar de ello cuando hay posibilidades de que actué con ánimo de lucrarse o pretenda guiar el principio del interés superior del menor para otros fines que no sean los correctos. Se debe minimizar en la medida de lo posible los costes psicológicos que la participación del menor puede suponerle, actuando con confidencialidad y tratando de conseguir un entorno apto y utilizando las técnicas adecuadas.

4.2 Aspectos judiciales.

Es necesario regular el proceso de adopción de tal forma que la defensa y protección del menor sea prioritario. Para ello, el expediente de adopción se orienta a través de unos principios informadores.

El primero de ellos, el más relevante, es el principio de interés superior del menor. En las leyes podemos encontrar referencias claras, como por ejemplo el artículo 176 Cc que determina que <<la adopción se constituye por resolución judicial que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando [...]>>³⁰

²⁹ HUETE NOGUERA, J.J; <<El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015>>.

³⁰ Artículo 176 del Código Civil español

Este principio es una muestra del cambio que ha habido en cuanto a la parte favorecida en el proceso de adopción: hace una décadas, el objetivo principal era el interés de los padres adoptantes, mientras que la tendencia se ha modificado haya tener como papel prioritario la defensa del interés superior del menor.

En la práctica, la aplicación de este principio tiene un reflejo importante en cuanto a que el juez únicamente está vinculado al interés superior del menor, por lo que en el momento de tomar decisiones deberá atenerse a respetar y cuidar dicho principio, sin estar obligado a cumplir la voluntad de los padres adoptantes o del propio adoptando. Tampoco está atado al contenido de la propuesta que previamente ofrece la administración, con una selección de los adoptantes que se consideran idóneos, aunque habitualmente esta propuesta sí que es seguida por el juez.

<<Es importante no olvidar que la labor del juez no es de homologación del expediente de la entidad administrativa sino de decisión y no se puede hacer ningún reproche desde el punto de vista jurídico al juez que deniega la constitución de una adopción contradiciendo la voluntad conforme de todos los sujetos implicados y de la propia Administración manifestada en la propuesta de adopción>>³¹

A la hora de decidir en base al interés superior del menor, el juez atenderá a diferentes circunstancias que se derivan del escrito que da inicio al expediente, principalmente las circunstancias del adoptante que sirven como referencia para buscar un entorno adecuado para el desarrollo del menor (circunstancias familiares, sociales y personales).

Otro principio es el de oficialidad. La principal característica es que el legislador da al juez una amplia autonomía, a la vez que la presencia del Ministerio Fiscal queda impuesta. Esto supone que es el órgano judicial el que tiene mayores capacidades probatorias, además de la toma de decisiones que beneficien al menor.

Por lo tanto, será el juez el que decida si adopta o no un medio de prueba, pudiendo acordarlo de oficio sin que haya necesidad de que las partes (adoptando y adoptantes) o el Ministerio Fiscal lo aporten.

Finalmente el último principio que rige el expediente de adopción es el de reserva. El termino reserva no se puede subsumir exactamente en el secreto ni en la publicidad, más habituales en el proceso civil, sino que se refiere a evitar que la familia de adopción pueda

³¹ GARCIMARTIN MONTERO, R: <<Nuevo régimen jurídico del menor, la reforma legislativa de 2015>>.

ser conocida por la de origen del adaptando. Para ello será el juez también quien estime las medidas a tomar para cumplir con este principio, por ejemplo ocultando datos u organizando las citas con las familias de forma que estas no coincidan.

4.3 Artículo 2 LOPJM.

La Ley Orgánica 1/2015, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) fue modificado por la Ley 26/2015 de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

Antes de ser modificado, en su artículo 2.1 decía que <<Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como [...]. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten [...] primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir>>³². Se destacaba claramente la posición prioritaria que ya se le daba al interés superior del menor, lo cual era también así en otros instrumentos de la UE o de carácter internacional.

Un ejemplo de esos instrumentos internacionales es la Carta de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, que reitera esa consideración primordial para el principio del Interés Superior del Menor en la aplicación de las medidas que afecten al niño. En el artículo 9 además, <<se dispone que el niño no será separado de sus padres contra la voluntad de estos excepto cuando tal separación sea necesaria en el interés superior del niño (maltrato, descuido, separación)>>³³

El nuevo artículo 2 LOPJM da una regulación más completa del Interés Superior del niño, quedando influido por la Observación nº14, de la que también se distinguen referencia en el Preámbulo de la Ley al tratar el triple contenido del interés superior del menor, calificado como concepto jurídico indeterminado: <<es un derecho sustantivo [...]. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento>>.³⁴

³² Artículo 2.1 LOPJM

³³ GUILARTE MARTIN-CALDERO, C; en <<Nuevo régimen jurídico del menor, la reforma legislativa de 2015>>

³⁴ GUILARTE MARTIN-CALDERO, C; en <<Nuevo régimen jurídico del menor, la reforma legislativa de 2015>>

Por ello, al ser un concepto complejo, flexible y dinámico, hay que tratar cada caso de una forma concreta para integrar el interés superior del menor, aplicando criterios diferentes que permitan garantizarlo caso a caso.

En cuanto al ámbito de aplicación, el artículo 2 de la Ley 26/2015 da prioridad al Interés Superior del Menor sobre otros intereses que concurren, en aplicación a aquellos menores de edad (18 años) que estén en territorio español, a no ser que se aplique excepción de ley nacional anterior. Esto quiere decir que en el ámbito de aplicación del artículo 2 LOPJM se abarca por un lado, individualmente o en su generalidad, a todos aquellos que tengan menor de 18 años y, por otro lado a los que sean competentes para tomar decisiones que de forma directa se apliquen a los menores.

Objetivamente y según el artículo, también quedan dentro del ámbito de aplicación las acciones, decisiones y medidas.

Tras la modificación de la ley se mantiene en el precepto el hecho de interpretar de forma restrictiva aquellas circunstancias que puedan limitar la capacidad del niño, primando siempre el interés superior del mismo, principio que sirve de guía para la interpretación de esas limitaciones.

Para determinarlo se lleva a cabo un proceso compuesto de dos fases diferenciadas, que se llevan a cabo antes de adoptar una medida. Estos pasos son la evaluación y la determinación del interés.

A) Evaluación del interés superior del menor.

a) Hay que tener en cuenta los criterios legales, que también se determinan en el artículo 2 LOPJM y a lo que se unen otros contenidos en diferentes leyes específicas, y aquellos que resulten aplicables al caso concreto. Por tanto, no se trata de una lista cerrada.

En primer lugar, la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y satisfacción de sus necesidades básicas.

Puede considerarse el elemento más importante, consiste en velar por el respeto a sus derechos a la vida y al desarrollo. Se podría considerar también el derecho al bienestar,

aunque el término no está incluido como tal sino que en la Observación nº14 se mencionan los aspectos que lo constituyen.

En lo referente al desarrollo personal del menor, abarca los ámbitos físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del menor.

Hay que puntualizar que el bienestar material del niño, de forma exclusiva, no será justificación para separarlo de sus padres, tal y como se recoge en el art.18.2 LOPJM: <<la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo [...]>>³⁵.

En segundo lugar, durante el proceso de determinación del interés superior del menor se deben tener en cuenta los deseos, sentimientos y opiniones del menor, además de darle la oportunidad de participar, siempre según su edad y madurez. Este aspecto se relaciona con el artículo 9 LOPJM, el cual reconoce el derecho del niño a ser oído.

Un buen ejemplo de esta consideración a las opiniones del menor está en el caso de la guarda y custodia.

También lo referente a la vida familiar, que es un derecho del menor. Es muy importante el entorno en el que el menor se desarrolla ya que debe ser adecuado. Ese entorno es el que se entiende dentro del término vida familiar, entendida tanto biológica como adoptiva o de acogida. La familia debería ofrecer un ambiente propicio para el buen desarrollo del niño, además se reconoce como <<la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros, en particular de los niños>>³⁶.

Aunque el derecho a la vida familiar se entienda desde un sentido amplio, se da clara prioridad a la familia de origen, tratando que el menor pueda permanecer con ellos a no ser que las circunstancias del caso concreto sean determinantes para que no sea así, dejando abierta la relación y comunicación siempre que no vaya a ser negativo para el niño. Este punto se relaciona con el artículo 19 bis LOPJM, que se sincroniza con la opinión doctrinal y jurisprudencial, teniendo como exponente la STS del 31 de julio de 2009, por ejemplo.

³⁵ Artículo 18.2.parrafo2º LOPJM.

³⁶ Observación General número 14.

Por último, el artículo 8 de la Convención de los derechos del niño garantiza el derecho del menor a preservar la identidad. Se entiende conformado por la cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma. Este derecho se acompaña de una clara prohibición a la discriminación, ya que <<ninguna medida que lo discrimine por su cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, puede ser adoptada en su interés>>³⁷

b) Esos criterios legales deben ser ponderados de acuerdo al art.2.3 LOPJM, que propone aspectos a tener en cuenta para llevar a cabo dicha ponderación.

Los aspectos personales son la edad y la madurez del menor, así como la posible situación de vulnerabilidad del menor que puede venir causada por diferentes circunstancias como por ejemplo el maltrato.

De los aspectos objetivos, son especialmente importantes el tiempo y la estabilidad. En cuanto al tiempo, el TEDH lo considera determinante por las consecuencias que el paso del tiempo puede generar en la relación entre el niño y sus padres. La estabilidad es importante en cuanto a que el menor se integre en la sociedad y se desarrolle.

c) En la evaluación del interés superior del menor también se tiene en cuenta su prevalencia. Tras conocer los derechos que constituyen ese interés y las circunstancias concretas, se deberá seleccionar la medida más favorecedora para el niño y que le permita valerse de sus derechos, tratando de respetar todos los intereses en juego pero siempre dando prioridad al interés superior del menor, tal y como se deriva del art.2.4 LOPJM.

B) La segunda parte del proceso de determinación del interés superior del menor es la de sus garantías. Consiste en tratar el interés del menor desde un punto de vista de procedimiento, siguiendo el artículo 2.5 LOPJM que establece que todas las medidas que le afecten deben adoptarse respetando las siguientes garantías en concreto:

El menor tiene derecho a ser oído, y en función con su edad y madurez, tener participación en el proceso. Se le debe tener correctamente informado.

³⁷ GUILARTE MARTIN-CALDERO, C; en <<Nuevo régimen jurídico del menor, la reforma legislativa de 2015>>

Es importante que en el proceso intervengan personas cualificadas, profesionales que en según qué casos y para determinadas decisiones deberán redactar un informe, lo cual está también recomendado por el Comité de los derechos del niño.

El menor tiene representantes legales (que serán sus padres, tutores o en algunos casos el defensor judicial) cuya participación debe estar garantizada, así como la defensa de los intereses del niño por parte del Ministerio Fiscal.

Finalmente, la decisión tomada debe estar motivada.

V. CONCLUSIÓN PERSONAL.

Tras finalizar la investigación pertinente para completar el desarrollo del trabajo, he aprendido numerosas cosas acerca de la adopción internacional, sobre todo de las primeras fases de la misma, donde entran en juego aquellas circunstancias que deben darse o no para poder tramitarla. En este contexto es donde se sitúa el tema principal del trabajo: la Cláusula Chadiana.

A lo largo del trabajo he destacado en varias ocasiones el impacto que a veces produce el conocer en primer momento el contenido de la cláusula, pues no pueden adoptarse menores que residan en países que estén en situación de conflicto bélico o desastre natural, a pesar de que se podría pensar que es cuando más lo necesitan.

Este trabajo me ha hecho comprender el porqué de la existencia de la cláusula.

Es indiscutible el papel de la adopción internacional como mecanismo de protección para aquellos menores que en su lugar de origen y junto a su familia biológica no disponen de un entorno apto para desarrollarse y crecer. Sin embargo es necesario regular esta institución ya que se trata de un trámite muy importante en la vida de adoptados y adoptantes.

Si dicha regulación no existiese, la protección de los niños se vería mermada ya que no siempre la buena fe envuelve el traslado del menor.

Para que un niño pueda considerarse adoptable, debe ser huérfano o no tener a quien le cuide y proteja. Por lo tanto, la condición de adoptabilidad del menor no es algo que se dé sin más, sino que necesita ser regulado y controlado.

Pueden darse situaciones en el lugar donde vive que no sean muy propicias, siendo un ejemplo de esto lo dicho en la cláusula chadiana. El hecho de que el país esté en guerra o haya sido arrasado por alguna catástrofe natural, no significa que todo menor sea adoptable, ya que a pesar de la circunstancia, los niños siguen teniendo padres y familias. Aunque resulte algo sencillo, se dio un caso en particular, tal y como he expuesto, que evidenció el peligro en ese tipo de situaciones, cuando una ONG francesa trató de secuestrar a varios menores para ponerlos en adopción, a pesar de que estos tenían familia y no había sido considerados adoptables ni siquiera.

Por tanto, es muy importante establecer unas pautas clara en cada etapa del trámite de adopción, desde el principio hasta el final y teniendo en cuenta todos los aspectos que quedan afectados durante el proceso. Hay que contemplar todo lo referente al menor y a los futuros adoptantes, tanto en el plano psicológico como en el judicial y acudiendo a la cooperación entre los diferentes países implicados, el de origen y el de destino.

En este aspecto, se debe dar prioridad total al interés del menor, principio reconocido a nivel internacional en todo proceso que tenga como sujeto al niño, y que garantiza un protección incondicional para él.

Es una reflexión que he desarrollado gracias a la investigación realizada durante el trabajo, y de la que extraigo una conclusión muy importante: la regulación de este trámite no es solo aconsejable, sino necesaria, para asegurar que la adopción internacional pueda seguir siendo un mecanismo de protección del menor fiable, y se garantice en todo momento el interés del menor.

En este sentido, hay que reconocer la buena acción del legislador al incluir el apartado a) (la cláusula chadiana) en el artículo 4.2 de la Ley de Adopción Internacional, que recoge las circunstancias que imposibilitan la adopción internacional.

Para finalizar, expresaré lo interesante que me ha resultado la investigación de este tema, y mi convencimiento por haberlo escogido.

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS.

1. CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZALEZ, J; *Derecho de familia internacional*, 4^a edición, Colex, Madrid 2008, páginas 261 a 300
2. GOMEZ CAMPELO, E; <<La Ley 54/2007 de adopción internacional: un texto para el debate>>, en *Colección Familia y Derecho*, Prats Albentosa (dir.), Reus, Madrid 2009.
3. ADROHER BIOSCA, S; << Algunas cuestiones en torno a la adopción internacional>>, en *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, et al. Adam Muñoz (dir.), Colex, Madrid 2004.
4. HERRANZ BALLESTEROS, M; <<Problemas actuales en torno a la adopción internacional. Adopciones encubiertas y tráfico de niños>>, en *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, et al. Adam Muñoz (dir.), Colex, Madrid 2004.
5. HUETE NOGUERAS; <<Desafíos de la nueva ley: nuevos derechos de los menores y papel del Ministerio Fiscal>>, en *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Mayor del Hoyo (dir.), editorial Aranzadi, Navarra 2017.
6. GARCIMARTIN MONTERO, R; <<El trámite judicial de adopción>>, en *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Mayor del Hoyo (dir.), editorial Aranzadi, Navarra 2017.
7. SANCHEZ CANO, M.J; <<Las reformas legislativas del 2015: una visión desde la adopción internacional>>, en *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Mayor del Hoyo (dir.), editorial Aranzadi, Navarra 2017.

8. GUILARTE MARTIN-CALERO, C; <<La configuración del interés del menor ex articulo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: un propuesta>> en *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Mayor del Hoyo (dir.), editorial Aranzadi, Navarra 2017.
9. CALVO CARAVACA A.L, CARRASCOSA GONZALEZ, J; *Derecho Internacional Privado vol.I*, Comares, Granada 2014.
10. CALVO CARAVACA A.L, CARRASCOSA GONZALEZ, J; *Derecho Internacional Privado vol.II*, Comares, Granada 2014.

REVISTAS Y OTRAS PUBLICACIONES.

1. HERRANZ BALLESTEROS, M; <<Prohibiciones y limitaciones del artículo 4 de la ley 54/2007: entre los objetivos de la norma y la realidad en su aplicación>>.
2. RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L; <<La protección del niño en los conflictos armados por el derecho internacional humanitario. Los niños soldados>>.
3. GONZALEZ MARTIN, N; <<Ley de Adopción Internacional Española>>
4. SELMAN, P; <<Tendencias globales en adopción internacional: ¿en el interés superior de la infancia?>>, en *Scripta Nova*, vol.XVI, num.395 (21).

LEGISLACIÓN. (nº Disposición, año y título)

1. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.
2. Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la Protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

3. Ley Orgánica 1/2015, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), modificado por la Ley 26/2015 de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.
4. Código Civil español: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
5. Constitución Española de 1978.
6. Observación nº14 del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas (2013).

WEBGRAFIA.

1. <http://www.millenniumdipr.com/n-38-miembros-de-la-organizacion-1%C3%83%C6%92%C3%82%C2%A2%C3%83%C2%A2%C3%A2%E2%82%AC%C5%A1%C3%82%C2%AC%C3%83%C2%A2%C3%A2%E2%82%AC%C5%BE%C3%82%C2%A2arche-de-zoe-juzgados-a-partir-de-hoy-3-de-diciembre-en-francia>
Fecha de consulta 20/05/2017.
2. <http://www.francescaprince.com/blog/?p=2070>
Fecha de consulta: 20/05/2017.
3. http://www.lemonde.fr/societe/article/2014/02/15/proces-de-l-arche-de-zoe-juste-peine-juste-place_4367139_3224.html
Fecha de consulta: 20/05/2017.
4. <http://www.mssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/Infancia/adopciones/estadisticas.htm>
Fecha de consulta: 03/06/2017
5. <http://www.elmundo.es/elmundo/2007/10/30/solidaridad/1193750402.html>
Fecha de consulta: 03/05/2017

6. http://politica.elpais.com/politica/2016/08/26/actualidad/147222349_195851.html

Fecha de consulta: 03/06/2017

7. www.eldiario.es

Fecha de consulta: 04/07/2017

8. <https://eacnur.org/blog/cuales-son-los-conflictos-actuales-en-el-mundo-de-mayor-gravedad/>

Fecha de consulta: 04/07/2017