

# CIRCUNSTANCIAS QUE IMPIDEN O CONDICIONAN LA ADOPCIÓN: EL ALCANCE DE LA DENOMINADA “CLÁUSULA CHADIANA”

## CIRCUMSTANCES THAT PREVENT OR CONDITION THE ADOPTION: THE SCOPE OF THE SO-CALLED “CHADIAN CLAUSE”

M<sup>a</sup> JESÚS SÁNCHEZ CANO  
*Profesora Ayudante Doctora*  
*Universidad San Jorge*

YERAY ROMERO MATUTE  
*Profesor Colaborador*  
*Universidad San Jorge*

Recibido: 09.01.2019/ Aceptado: 16.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4665>

**Resumen:** A raíz del caso de la ONG francesa “El Arca de Zoé” y su tentativa de traslado ilícito a Francia de 103 menores, supuestamente huérfanos de la guerra del Chad, el legislador español incorporó en el art.4 LAI la denominada “cláusula chadiana”. Se trata de una serie de condiciones que inciden en la tramitación de la adopción y que sólo vinculan a las autoridades españolas. No obstante, cabe preguntarse si tales circunstancias pueden repercutir igualmente en el sector de la eficacia de las adopciones constituidas por las autoridades de un país respecto del cual rige una de las prohibiciones o condicionamientos previstos en este precepto.

**Palabras clave:** “cláusula chadiana”, Ley de Adopción Internacional, adopción internacional.

**Abstract:** Following the case of the French NGO “Zoé’s Ark” and its attempted illicit transfer to France of 103 children, supposedly orphans of the Chadian war, the Spanish legislator incorporated into the art.4 LAI the so-called “chadian clause”. This is a series of conditions that affect the processing of adoption and are linked to the Spanish authorities. However, it is questionable whether the circumstances can also affect the sector of the effectiveness of adoptions constituted by the authorities of a country to which one of the prohibitions or conditions provided in this precept.

**Keywords:** “chadian clause”, The Intercountry Adoption Act, intercountry adoption.

**Sumario:** I. Introducción. II. El art.4.2.a) LAI. Generalidades. III. ¿Pueden las circunstancias del art.4.2.a) LAI repercutir igualmente en el sector de la eficacia de las adopciones constituidas por las autoridades de un país extranjero respecto del cual rige una de las prohibiciones o condicionamientos previstos en este precepto? 1. Supuesto nº1. 2. Supuesto nº2. 3. Supuesto nº3. 4. Otras circunstancias que influyen en la aplicación del art.4.2 a) LAI en sede de reconocimiento de una adopción extranjera. IV. ¿Es posible extender las condiciones del art.4.2.a) LAI al proceso de conversión de una adopción simple extranjera en una adopción regida por el Derecho español? V. Conclusiones finales.

## I. Introducción

1. El punto de partida de este trabajo se sitúa en el caso de la ONG francesa “El Arca de Zoé”, que, a finales del año 2007, tenía previsto trasladar a Francia, para su posterior adopción, a ciento tres menores, supuestamente huérfanos, procedentes de la región sudanesa de Darfur, pero que, en realidad, en su mayor parte, ni eran huérfanos, ni tan siquiera sudaneses, sino chadianos<sup>1</sup>. Este suceso tuvo una gran repercusión en España, pues el avión en que se iba a efectuar el traslado de los niños y su tripulación eran españoles<sup>2</sup>.

2. Con la finalidad de prevenir conductas como la descrita, que constituyen un ejemplo claro de tráfico internacional de menores<sup>3</sup>, nuestro legislador, aprovechando que en aquel entonces se estaba tramitando la Ley de Adopción Internacional, decidió incorporar un precepto que impidiese la tramitación de la adopción internacional cuando el país de la residencia habitual del adoptando se encontrase en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural. Esta previsión se conoce como “cláusula chadiana” y en la versión actual de la LAI, dada por la Ley 26/2015, está situada en el art.4.2. a)<sup>4</sup>.

3. Del tenor literal del art.4.2.a) LAI se desprende que las circunstancias enunciadas sólo vinculan a las autoridades españolas<sup>5</sup> durante el proceso de tramitación de las solicitudes u ofrecimientos para la adopción. No obstante, cabe preguntarse acerca de cuál es el alcance de la denominada “cláusula chadiana” y en este sentido, surgen dos interrogantes, que se abordarán a lo largo del presente trabajo:

- 1º) ¿Pueden las circunstancias del art.4.2.a) LAI repercutir igualmente en el sector de la eficacia de las adopciones constituidas por las autoridades de un país extranjero respecto del cual rige una de las prohibiciones o condicionamientos previstos en este precepto?
- 2º) ¿Es posible extender las condiciones del art.4.2.a) LAI al proceso de conversión de una adopción simple extranjera en una adopción regida por el Derecho español?

4. Con carácter previo a dar respuesta a estas dos cuestiones, parece oportuno explicar algunas particularidades de la “cláusula chadiana”.

## II. El art.4.2.a) LAI. Generalidades

5. Comenzando por la versión original de este precepto, hay que señalar que el texto del Anteproyecto y del Proyecto de Ley de Adopción internacional coincidían tanto con el del art.4.1.a) de la Ley 54/2007, como con el actual art.4.2.a)<sup>6</sup>. No obstante, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Adopción Internacional, por parte del Grupo Parlamentario Izquierda Unida-ICV, se formuló una enmienda en la que se proponía reemplazar la expresión "No se tramitarán solicitudes" por esta otra: "Las Entidades Públicas competentes podrán suspender la tramitación"<sup>7</sup>. Resulta oportuno resaltar este detalle porque del tenor literal de la enmienda parece deducirse que la suspensión de la tramitación de

<sup>1</sup> Vid. [https://elpais.com/diario/2007/11/06/internacional/1194303604\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2007/11/06/internacional/1194303604_850215.html)

<sup>2</sup> Vid. <https://www.20minutos.es/noticia/1728971/0/ong-arca-zoe/condenados-carcel/sacar-ninos-chad/>

<sup>3</sup> Se puede hablar incluso de compraventa de menores, toda vez que las familias llegaron a pagar a la ONG sumas de entre 2.800 y 6.000 € por los niños africanos. Vid. <https://www.20minutos.es/noticia/1728971/0/ong-arca-zoe/condenados-carcel/sacar-ninos-chad/>

<sup>4</sup> La versión original de la LAI, dada por la Ley 54/2007, recogía la denominada “cláusula chadiana” en el art.4. 1. a)

<sup>5</sup> A este respecto, Calvo Caravaca y Carrascosa González entienden que el art.4 LAI obliga a las autoridades españolas, tanto administrativas como judiciales, pero, nunca a las extranjeras.. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007, sobre adopción internacional. (Reflexiones y condiciones)*, Granada, Comares, 2008, p.53

<sup>6</sup> La única diferencia estriba en que la Ley 26/2015 cambió el término “solicitudes” por el de “ofrecimientos” para la adopción.

<sup>7</sup> Se trata de la enmienda nº27 de las presentada en el Congreso de los Diputados. Vid. B.O.C.G. Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 12 noviembre, 2007, Núm. 143-11.

las adopciones en los supuestos recogidos en el art.4.1, incluido el apartado a), estaría pensada únicamente, con carácter preventivo, para la fase administrativa, previa a la constitución de la adopción, en la que intervienen las Entidades Públicas de las distintas Comunidades Autónomas con competencias en esta materia<sup>8</sup>. Más adelante, se volverá a tratar esta cuestión.

6. En cuanto a la denominada “cláusula chadiana”, recogida en la actualidad en el art.4.2.a) LAI, tiene por objeto evitar el tráfico de menores, aprovechando el caos que se produce cuando hay un conflicto bélico o una catástrofe natural, al impedir la tramitación de adopciones internacionales de menores respecto de los que no ha quedado plenamente determinado que se hallen en situación de adoptabilidad<sup>9</sup>.

7. Son dos los datos a tomar en consideración para que opere esta prohibición: que el adoptando ostente la nacionalidad de otro país o que tenga su residencia habitual en otro Estado. En relación a la primera de las consideraciones, un sector doctrinal ha criticado que la regulación que incorpora el art.4 puede resultar inadecuada para aquellos casos en los cuales el menor ya reside en nuestro país y por tanto, no se va a producir su desplazamiento a España desde su Estado de origen<sup>10</sup>. Del mismo modo, se ha dicho que el citado artículo parece dejar fuera a los menores apátridas, que no ostentan la nacionalidad de ningún país, motivo por el cual, a su juicio, hubiera sido más correcto referirse a “menores no españoles” o “menores extranjeros”. En cualquier caso, consideran estos autores que los apátridas han de entenderse comprendidos en el ámbito de aplicación del art.4.2.a) LAI.<sup>11</sup>

8. Por otra parte, puede suceder que el adoptando sea nacional del país que se encuentre inmerso en guerra o en un desastre natural y que, además, tenga en el mismo su residencia habitual<sup>12</sup>, en cuyo caso, la prohibición del art.4.2.a) LAI resultará plenamente operativa. Ahora bien, no puede perderse de vista que este artículo pretende prevenir que los menores sean trasladados de forma ilícita fuera del país donde tienen su residencia habitual con el fin de favorecer una falsa adopción. De ahí que no resulte relevante ni la nacionalidad del adoptando ni que el menor se encuentre en España en el momento de formalizar la solicitud de adopción<sup>13</sup>. Esto es así, puesto que lo determinante para que entre en juego el art.4.2.a) LAI es que el menor tenga su residencia habitual en el país extranjero en el que se produce el conflicto bélico o el desastre natural cuando se den cualquiera de esas dos circunstancias. Ello, con independencia de que sea o no nacional de dicho Estado, y en tanto no se haya constatado que el adoptando

<sup>8</sup> Incluso en la justificación a su enmienda, el Grupo Parlamentario Izquierda Unidad-ICV parte de la base de que el art.4.1 del Proyecto hace referencia a “la tramitación en una serie de supuestos que exigen una valoración previa por parte de la Entidad pública competente”. Vid. B.O.C.G. Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 12 noviembre, 2007, Núm. 143-11.

<sup>9</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, pp.54-55, así como A. DURÁN AYAGO, “El nuevo marco normativo de la adopción internacional en España”, E. LLAMAS POMBO, *Nuevos conflictos del Derecho de familia*, Editorial La Ley, 2009. En esta última obra se pone como ejemplo los casos de suspensión de las adopciones con países tales como Haití, Kazajstan y República del Congo.

<sup>10</sup> A este respecto, Vid. R. ARENAS GARCÍA Y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: Entre la realidad y el deseo”, *REEI*, núm. 17, junio 2009. Ténganse en cuenta igualmente, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad Civil*, 2007, núm. 22, pp. 2597-2618, así como S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, donde se critica la redacción de este precepto, hasta el punto de proponer que se haga una “relectura” del mismo, a fin de evitar que se impida la adopción de un menor extranjero que tenga en España su residencia habitual.

<sup>11</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, p.57.

<sup>12</sup> Este sería el caso de una pareja española que solicita la adopción de un menor nacional y residente habitualmente en Sudán del Sur, país que durante cinco años ha vivido inmerso en una guerra civil, en la cual miles de niños se han visto separados de sus allegados. Es obvio que en tales circunstancias no resultaría fácil determinar si los progenitores del adoptando o alguien de su familia extensa, están todavía vivos e incluso, lo están buscando. Por tanto, no podría verificarse si el menor se encuentra en situación de adoptabilidad y para evitar dar cobertura a un supuesto de tráfico de menores, se activaría la “cláusula chadiana” y no sería posible la tramitación del procedimiento de adopción de este menor.

<sup>13</sup> Vid. R. ARENAS GARCÍA Y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La Ley 54/2007...cit.”

sea adoptable<sup>14</sup>. Este impedimento subsiste incluso después de finalizadas las situaciones extraordinarias mencionadas en el art.4.2.a) LAI, mientras no se verifique la adoptabilidad del menor<sup>15</sup>.

9. Por conflicto bélico ha de entenderse “todo enfrentamiento violento duradero”, incluyendo las guerras civiles. Asimismo, la expresión “desastre natural”, empleada por la LAI, cubre aquellas catástrofes con origen en la propia Naturaleza, que coloquen a un país en una situación de caos e inestabilidad<sup>16</sup>.

10. En último término, hay que recuperar una cuestión que se ha dejado apuntada al explicar la enmienda planteada por el Grupo Parlamentario Izquierda Unidad-ICV, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Adopción Internacional. En este punto, a lo ya expuesto, debe añadirse que el art.4.2.a) se sitúa en el Título I de la LAI, fundamentalmente dedicado a la fase administrativa de la adopción<sup>17</sup>, de donde parece deducirse su aplicación durante dicha fase del procedimiento, con carácter preventivo, a fin de evitar la constitución de la adopción<sup>18</sup>. Junto a ello, hay que señalar que ninguna de las extraordinarias circunstancias que se incluyen en la “cláusula chadiana” aparecen específicamente referenciadas en las normas de Derecho Internacional Privado del Título II de la LAI. Este dato resulta de especial interés para dilucidar la posible aplicación de la prohibición del art.4.2. a) LAI al sector de la validez extraterritorial de decisiones o en orden a una posterior conversión de una adopción simple conforme a lo previsto en el art.30.4 LAI.

11. Seguidamente, se abordarán estas dos posibilidades, respondiendo a las dos preguntas que se han dejado formuladas al principio del presente trabajo.

### III. ¿Pueden las circunstancias del art.4.2.a) LAI repercutir igualmente en el sector de la eficacia de las adopciones constituidas por las autoridades de un país extranjero respecto del cual rige una de las prohibiciones o condicionamientos previstos en este precepto?

12. Sobre este particular, en primer lugar, debe recordarse que el régimen de los arts.25-31 LAI opera únicamente en defecto de norma internacional que regule la cuestión, en particular, por lo que se refiere a Convenios bilaterales suscritos en materia de adopción internacional por el Estado español con otros países y muy especialmente, el Convenio de La Haya de 1993.

13. En segundo término, también hay que tener en cuenta que la LAI regula de forma separada el reconocimiento de las adopciones extranjeras plenas, cuyos efectos se corresponden con la adopción española (art.26 LAI), de la eficacia de las adopciones simples o no plenas constituidas por autoridades extranjeras (art.30 LAI).

<sup>14</sup> Puede consultarse, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, pp.56-58. Estos autores opinan que podría aplicarse por analogía la “cláusula chadiana” incluso si fuese España el país en conflicto bélico o en el que haya sucedido una catástrofe natural. Vid igualmente, M. HERRANZ BALLESTEROS, “Prohibiciones y limitaciones del artículo 4 de la Ley 54/2007: entre los objetivos de la norma y la realidad en su aplicación”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 3, N<sup>o</sup>. 1, 2011, p.198. Del mismo modo, téngase en cuenta, A. DURÁN AYAGO, “El nuevo marco normativo...cit”. Esta última autora opina que, si el menor se encuentra en nuestro país, las autoridades españolas deberán realizar averiguaciones para acreditar la situación del menor y en su caso, encontrar a su familia, procediendo a su reagrupación o a obtener los consentimientos necesarios, en los casos en que ello sea posible, a fin de que la adopción se constituya con todas las garantías.

<sup>15</sup> Aquí, puede servir como ejemplo el de una pareja española que solicita la adopción de un menor nacional de Kenia, quien tenía su residencia habitual en Sudán del Sur cuando estalló el conflicto bélico en dicho país, pero, que en el momento de la solicitud de la adopción reside ya en España. En este caso no resultan determinantes en orden a la aplicación del art.4.2.a) LAI ni la nacionalidad del menor ni su residencia actual en España. Sí que es relevante que cuando se originó la guerra en Sudán del Sur el adoptando tenía allí su residencia habitual y no fue posible establecer si el niño era adoptable. Por consiguiente, concurre una de las circunstancias que impiden la tramitación de la adopción, conforme al art.4.2.a) LAI. En apoyo de los anteriores razonamientos, Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, p.58.

<sup>16</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, pp.59-60.

<sup>17</sup> M. HERRANZ BALLESTEROS, “Prohibiciones y limitaciones...cit”, p.199.

<sup>18</sup> A esto se añade que la encargada de constatar la presencia de alguna de las circunstancias del art.4.2. a) y por tanto, si procede la suspensión de las adopciones con un determinado país, es la Administración General del Estado, en colaboración con las Entidades Públicas, conforme al art.4.3 LAI.

14. Para una mejor comprensión de la cuestión, vamos a partir de distintos supuestos prácticos.

### 1. Supuesto n<sup>o</sup>1

15. *Un matrimonio de cooperantes españoles se encuentra en Indonesia, donde se ha producido un fuerte terremoto y un tsunami de graves consecuencias y que ha causado miles de muertos. La pareja formaliza en dicho país una adopción cuyos efectos resultan equivalentes a los de la adopción española, respecto de un menor huérfano (se ha constatado que sus padres han fallecido en el siniestro), y que se encuentra completamente desamparado. De vuelta a España, instan ante las autoridades españolas el reconocimiento de dicha adopción<sup>19</sup>.*

16. En este caso, tratándose de una adopción plena constituida por autoridades extranjeras, el art.26 LAI establece un triple control: control de la competencia de la autoridad de origen, control de adecuación con el orden público internacional español y control de equivalencia de efectos con la adopción española. De los tres controles el único en el que podría encontrar cabida la prohibición del art.4.2.a) LAI sería el del art.26.1.2<sup>o</sup> LAI, que dispone que las autoridades españolas han de verificar que la adopción extranjera no vulnere el orden público internacional español. Para comprobar dicho extremo el citado precepto incorpora la tradicional doctrina de la DGRN<sup>20</sup>, al considerar que infringen el orden público español las adopciones en las cuales no se ha respetado el interés del menor y en particular, si “se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación”<sup>21</sup>.

17. Está claro que en el supuesto planteado la adopción ha tenido lugar con pleno conocimiento de que los familiares que pudieran haberse hecho cargo del niño habían fallecido. Luego, atendiendo al art.26.1.2<sup>o</sup> LAI, ninguna vulneración del orden público internacional español se ha producido. Máxime, cuando la mera infracción del art.4.2.a) LAI no ha tenido ninguna consecuencia contraria al interés del menor, porque ha quedado acreditada la adoptabilidad del niño y por tanto, no nos encontramos ante un supuesto de tráfico internacional de menores. Antes al contrario, el recurso a la adopción, en este caso concreto, garantiza en mayor medida la protección de este menor, que, de otro modo, se encontraría abandonado, completamente desatendido y por tanto, en situación de desamparo<sup>22</sup>.

### 2. Supuesto n<sup>o</sup>2

18. *Una pareja española y con residencia habitual en España adopta a un menor residente en la República Democrática del Congo, país sumido no sólo en una larguísima guerra civil, sino que ha sido asolado por graves epidemias. La adopción se constituye por la competente autoridad congoleña y conforme a la ley de la RDC. No obstante, a cambio de emitir su consentimiento, los progenitores del*

<sup>19</sup> La Profesora Mónica Herranz Ballesteros pone el siguiente ejemplo: “Una pareja de médicos españoles con residencia en Murcia deciden prestar sus servicios para una ONG que trabaja en Haití en la lucha contra la epidemia de cólera que se declaró tras el terremoto de enero de 2010. Durante su labor conocen a una menor en el orfanato donde trabajan y tras un año de residencia, deciden tramitar la adopción en dicho territorio. La constitución de la adopción se produce ante las autoridades de dicho Estado y el vínculo de filiación adoptiva queda válidamente establecido. Una vez finalizados todos los trámites, y en total habiendo residido dos años en Haití, la pareja vuelve a España con el propósito de volver a establecer su residencia en España y reconocer la adopción válidamente constituida en Haití. ¿Cuál será la suerte de la adopción teniendo en cuenta que se ha infringido la prohibición de tramitar adopciones con Haití de acuerdo con el artículo 4 apartado 1 de la LAI?”. Vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, “Prohibiciones y limitaciones...cit”, p.212.

<sup>20</sup> Resolución -Circular de la DGRN de 15 de julio de 2006. BOE., núm., 207, de 30 de agosto de 2006.

<sup>21</sup> Sobre este particular, hay que precisar que existe otra prohibición específica en el art.4.2 c) LAI que impide la adopción cuando en el país de origen las prácticas y trámites de la adopción no respeten el interés del menor.

<sup>22</sup> Concretamente, ésta es una de las críticas que se ha hecho a la previsión del art.4.2.a) LAI y en este sentido, se defiende que es, justamente, cuando un país está en guerra o en el mismo ha tenido lugar una catástrofe natural, el momento en el que hay que facilitar las adopciones, para evitar que los menores se encuentren en una condiciones de absoluta desprotección. De la misma manera se ha sostenido que, pese a ser esta la intención del legislador español, prohibiciones como la del art.4.2.a) no garantizan que se vaya a acabar con el tráfico internacional de niños. Vid. F.J. GARCIMANTÍN, “Haití, la ley de adopción internacional y Borges”, *Abogares. Blog InDret*, <http://www.abogares.com/?p=320>.

*adoptado han recibido una suma de dinero que les garantizará la subsistencia, pese a las circunstancias del país. La pareja española solicita la inscripción en el RCE.*

19. Aquí, hay que tener en cuenta que el art.27 LAI ordena al Encargado del RCE realizar un control incidental de la adopción extranjera, verificando si la adopción reúne las condiciones de reconocimiento previstas en los artículos 5.1.e), 5.1.f) y 26<sup>23</sup>, muy en particular, por lo que se refiere a la comprobación de los informes emitidos por la autoridad del Estado de origen acerca de adoptabilidad del menor, así como sobre el otorgamiento de los consentimientos de personas, instituciones y autoridades requeridas por la ley de dicho país.

20. Luego, a la vista de las circunstancias que rodean este caso concreto, dicha adopción, de ningún modo surtirá efectos en España, debido a que resulta contraria al orden público internacional español en los términos del art.26.1.2º LAI, pero, no por el sólo hecho de no cumplir con el art.4.2.a) LAI, que no se encuentra expresamente comprendido en el art.27 LAI.

21. Por consiguiente, el orden público internacional deberá operar de forma plena si la eficacia de la adopción extranjera comporta una violación manifiesta del núcleo duro de los principios fundamentales que conforman la estructura básica de la sociedad española. Esto sucederá si, como en el supuesto planteado, la institución no se hubiera constituido con las garantías necesarias y adecuadas para salvaguardar el interés del menor y el pleno respeto a sus derechos. No en balde, esta misma idea encuentra su reflejo en todos los textos internacionales que regulan la adopción, además de en la propia LAI, cuya Exposición de Motivos, junto a ello, refiere su propósito de evitar y prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de menores.

22. Consecuentemente con los argumentos anteriores, no cabe duda de que en escenarios como el de la ONG “El Arca de Zoé”, donde muchos de los niños eran trasladados sin el conocimiento y por tanto, sin el consentimiento de sus padres, se produciría una clara infracción de nuestro orden público internacional. Sin embargo, no es menos cierto que, fuera de estas situaciones, no se contraviene el orden público internacional español por el mero hecho de que la adopción extranjera se haya constituido respecto de un menor residente en un país que se encuentre en situación de conflicto bélico o sumido en una catástrofe natural. Luego, habrá que estar al caso concreto y verificar si se dan algunas de las circunstancias exigidas en el art.26.1.2º LAI para que opere la excepción del orden público internacional, sin que sea determinante a tal fin que se haya vulnerado la prohibición del art.4.2.a) LAI<sup>24</sup>.

### 3. Supuesto nº3

*23. Un matrimonio español y con residencia habitual en nuestro país, formalizó en Camerún una adopción que no provoca la ruptura de vínculos con la familia de origen, en relación con un menor*

<sup>23</sup> También debe tenerse en cuenta que, siendo los adoptantes españoles y residentes en España, el art.26.3 LAI exige que hayan sido declarados idóneos por la Entidad Pública española competente, previamente a la constitución de la adopción por la autoridad extranjera. Ahora bien, resulta obvio que no puede haberse obtenido el certificado de idoneidad en aquellos supuestos en que se haya suspendido la tramitación de adopciones internacionales en virtud del art.4.2.a) LAI. Sin embargo, tampoco cabe desconocer que el certificado de idoneidad no es exigible respecto de adoptantes extranjeros o que no residan en nuestro país y en consecuencia, el art.26.3 LAI no resulta de aplicación en estos casos. Así lo indica también M. HERRANZ BALLESTEROS, “Prohibiciones y limitaciones...cit”, p.211.

<sup>24</sup> Vid. R. ARENAS GARCÍA Y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La Ley 54/2007...cit.” Y

En efecto, que el orden público internacional se determina caso por caso es algo admitido tradicionalmente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Así lo entienden también Calvo Caravaca y Carrascosa González, que, como ejemplo de la primera, cita a P. Lagarde, y como muestra de la segunda, menciona el ATS 24-10-1979, la SAP Guadalajara 23-3-2006 y la SAP Guipúzcoa 29-2-2008. Habrá que estar, pues, a las características del supuesto de hecho, atendiendo a los resultados que comporta, de tal manera que si éstos son equivalentes a los que la situación desplegaría en el ordenamiento jurídico español, el orden público no ha de operar, pese a que el Derecho extranjero se base en principios distintos e incluso discordantes con los del Derecho español. En referencia a esta cuestión, puede verse A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ., *Derecho Internacional Privado*, Vol.I, Décima Edición, 2009-2010, Granada, Comares, 2009, pág.355

*nacional y residente en este Estado. La adopción se constituyó por las autoridades extranjeras competentes, que aplicaron su propia ley, si bien, en aquel momento, Camerún vivía un conflicto regional que ha dejado más de 180.000 desplazados. Una vez en nuestro país, la pareja española desea que la adopción extranjera despliegue efectos en España.*

24. Se trata de una adopción simple extranjera, cuyo reconocimiento tendrá lugar por la vía del art.30 LAI. Este precepto contempla un complicado sistema de reconocimiento material a través de la *lex causae*, de tal manera que la adopción simple extranjera surtirá efectos en nuestro país, como tal adopción simple o no plena, si se ajusta a la ley determinada conforme al art.9.4 Cc. (art.30.1 LAI). Igualmente, será esta ley la que establezca si la adopción simple extranjera puede ser considerada válida y existente en España (art.30.2 LAI).

25. De este modo, la eficacia, validez y existencia de la adopción camerunesa del ejemplo planteado dependerá de que se adecúe a la ley designada por el art.9.4 Cc, que, como regla, conducirá a la aplicación de la ley de la residencia habitual del adoptado en el momento de constituirse la adopción, es decir, en este caso, la ley de Camerún, salvo contrariedad manifiesta con el orden público internacional español (art.31 LAI).

26. Ahora bien, en este punto, hay que realizar varias observaciones. En primer lugar, el art.31 LAI incorpora la excepción del orden público internacional especialmente prevista para las adopciones simples o no plenas constituidas en el extranjero. En segundo término, el citado artículo dispone que, en ningún caso, se reconocerá la adopción simple extranjera si produce efectos manifiestamente contrarios con el orden público internacional español. Por último, para valorar si existe dicha contrariedad manifiesta, se deberá atender al principio del interés del menor. En este sentido, nuevamente, la aplicación del art.31 LAI dependerá de las circunstancias de la concreta adopción, en tanto que, como se ha explicado al analizar el sistema de reconocimiento del art.26 LAI, no toda contrariedad con el orden público internacional español resultará significativa para que opere la excepción. Antes al contrario, hay que reiterar que el precepto en cuestión exige contrariedad manifiesta, teniendo en cuenta el interés del menor, lo que supone que para que entre en juego la excepción, los efectos de la adopción simple o menos plena extranjera han de ser totalmente inconciliables con los principios y valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico<sup>25</sup>.

27. Por consiguiente, al igual que se ha concluido respecto de las adopciones plenas extranjeras, no bastará con la simple infracción del art.4.2.a) LAI para que entre en juego el art.31 LAI, debiendo tenerse en cuenta otros aspectos, de forma similar a los que se contemplan en el art.26.1. 2º LAI.

#### **4. Otras circunstancias que influyen en la aplicación del art.4.2 a) LAI en sede de reconocimiento de una adopción extranjera**

28. Junto con los razonamientos expuestos en los epígrafes anteriores, deberá tomarse en consideración que la denegación del reconocimiento de una adopción extranjera, sobre la base de la prohibición del art.4.2.a) LAI, podría resultar contraria al derecho a la vida privada y familiar del art.8 CEDH<sup>26</sup>. A este

<sup>25</sup> Quizás por ello, el art.31 LAI debería definirse a la luz del propio art.24 CH 1993, de forma tal que no sería posible entender que las causas de la manifiesta contrariedad con el orden público internacional español y el principio del interés del menor son de aplicación cumulativa, sino que implica, en primer lugar, que la noción de orden público ha de interpretarse de manera muy restrictiva, sobre la base de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español y atendiendo únicamente al superior interés del menor. En este sentido, se ha apuntado que las diferencias con los valores esenciales de nuestra sociedad habrán de verificarse de forma genérica y “*con un más que necesario desapego nacionalista*.” Igualmente, se ha llegado a afirmar que se ha establecido un orden público internacional “*subjetivo*”, que pivota en torno al principio del interés del menor. Vid. E. GÓMEZ CAMPELO, *La Ley 54/2007 de adopción internacional: Un texto para el debate (acercamiento crítico a algunas de sus propuestas)*, Madrid, Reus, 2009, pp.116 y 118.

<sup>26</sup> En este punto, resulta muy significativa la opinión de la Profesora Herranz Ballesteros, quien reconoce que hay prohibiciones cubiertas por el art.4 LAI que quedan fuera de la excepción de orden público internacional, por lo que la denegación

respecto, hay que recordar que el TEDH ha abordado en numerosas resoluciones la problemática de la adopción internacional<sup>27</sup>, construyendo una línea jurisprudencial de alcance general, que bien puede operar a la hora de interpretar el significado y contenido del derecho a la vida privada y familiar del art.8 del Convenio, en relación con el reconocimiento de una adopción extranjera<sup>28</sup>. Dicha corriente jurisprudencial se inclina por evitar situaciones familiares claudicantes derivadas de la diversidad legislativa de los Estados, flexibilizando la aplicación de la excepción del orden público internacional, cuya interpretación deberá realizarse de forma restrictiva, procurando el justo equilibrio entre los distintos intereses concurrentes, pero sin olvidar tampoco que, en materia de adopción, el interés prevalente es siempre el del menor.

29. En efecto, sobre este particular, es doctrina jurisprudencial sentada del TEDH que, aunque la citada disposición “*tiende en lo esencial a prevenir al individuo contra injerencias arbitrarias de los poderes públicos, no se limita a exigir al Estado que se abstenga de dichas injerencias*”, sino que “*pueden añadirse otras obligaciones positivas inherentes al «respeto» efectivo de la vida familiar*”. Así, en todo caso, a juicio del TEDH, “*debe tenerse en cuenta el equilibrio justo a mantener entre los intereses concurrentes de la persona y de la sociedad en su conjunto*”, de la misma manera que, en ambas hipótesis, “*el Estado goza de cierto margen de apreciación*”<sup>29</sup>.

30. Asimismo, el Tribunal ha establecido que la noción de “*vida privada*”, en el sentido del artículo 8 del Convenio, “*es un concepto amplio que comprende, entre otros, el derecho a entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes*”<sup>30</sup>, el derecho al “*desarrollo personal*”<sup>31</sup>, o “*el derecho a la autodeterminación como tal*”<sup>32</sup>, abarcando también “*elementos tales como el nombre*”<sup>33</sup>, “*la identificación sexual, la orientación sexual y la vida sexual*”<sup>34</sup>, así como “*el derecho al respeto de la decisión de tener o no tener un hijo*”<sup>35</sup>.

31. Igualmente y tratándose de un supuesto relacionado con la institución adoptiva, el TEDH tiene declarado que “*el derecho a la adopción no figura como tal entre los derechos garantizados por el Convenio*”<sup>36</sup>, lo que no excluye, según el Tribunal, “*que los Estados partes en el Convenio puedan hallarse, en ciertas circunstancias, en la obligación positiva de permitir la formación y desarrollo de unos vínculos familiares legales*”.<sup>37</sup> Más concretamente, en este punto, el Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que “*el derecho al respeto de una vida familiar presupone la existencia de una familia y no protege el mero deseo de fundar una*”<sup>38</sup>, si bien, hay que decir, que en ocasiones, el TEDH ha dejado abierta la cuestión de si el derecho a adoptar entra o no en el ámbito de aplicación del artículo 8 considerado aisladamente<sup>39</sup>.

---

del reconocimiento de una adopción por vulnerar uno de estos supuestos deberá estar perfectamente justificada y motivada, debiendo tomar en consideración la Jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la vida personal y familiar del art.8 CEDH. Vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, “*Prohibiciones y limitaciones del art. 4...cit*”, p.p. 212 y 213.

<sup>27</sup> Vid. las SSTEDH de 22 de enero de 2008, *Caso E.B. contra Francia* (TEDH 2008/4), 13 de enero de 2009, *Caso Tedorova contra Italia*, (TEDH 2009/8), 10 de enero de 2008, *Caso Kearns contra Francia* (TEDH 2008/5) o de 13 de septiembre de 2007, *Caso Emonet y otros contra Suiza*, (TEDH 2007/92), entre otras muchas.

<sup>28</sup> Vid., por ejemplo, la STDH de 28 de junio de 2007, *Caso Wagner y JNWL contra Luxemburgo* (JUR 2007\147388) o la STEDH de 3 de mayo de 2011, *Caso Négrépontis-Giannisis contra Grecia* (TEDH 2011\43).

<sup>29</sup> A título ejemplificativo, pueden citarse las SSTEDH de 26 de mayo de 1994, *Caso Keegan contra Irlanda* (TEDH 1994/1) y de 22 de junio de 2004, *Caso Pini y otros contra Rumanía* (JUR 2004\178985).

<sup>30</sup> Véase la STEDH de 16 diciembre 1992, *Caso Niemietz contra Alemania* (TEDH 1992/77).

<sup>31</sup> Vid. STEDH de 6 de febrero de 2001, *Caso Bensaïd contra Reino Unido* (TEDH 2001, 82).

<sup>32</sup> Consúltese, la STEDH de 29 de abril de 2002 (*Caso Pretty contra Reino Unido* (TEDH 2002/23)).

<sup>33</sup> Vid. STEDH de 22 febrero 1994, *Caso Burghartz contra Suiza* (TEDH 1994/9)].

<sup>34</sup> Vid. SSTEDH de 22 octubre 1981, *Caso Dudgeon contra Reino Unido* (TEDH 1981/4) y de 19 de febrero de 1997, *Caso Laskey, Jaggard y Brown contra Reino Unido* (TEDH 1997/10).

<sup>35</sup> Vid. STEDH de 7 de marzo de 2006, *Caso Evans contra Reino Unido* (TEDH 2006/19).

<sup>36</sup> En este sentido, cabe mencionar, *Di Lazzaro contra Italia*, núm. 31924/1996, Decisión de la Comisión de 10 julio 1997 y STEDH de 26 de febrero de 2002, *Caso Fretté contra Francia* (TEDH 2002/10) y el mencionado *Caso Pini y otros*.

<sup>37</sup> Vid. Casos Keegan y Pini y otros, ya citados.

<sup>38</sup> Vid., entre otras, Sentencia *Fretté*, previamente citada

<sup>39</sup> Por ejemplo, en la Sentencia *E.B. contra Francia*, antes referenciada.

32. No obstante lo dicho, lo determinante es que, conforme a su jurisprudencia, el Tribunal ha señalado de forma reiterada que “*la cuestión de la existencia o no de una «vida familiar» es ante todo una cuestión de hecho, que depende de la existencia de unos estrechos vínculos personales*<sup>40</sup>”.

33. En conclusión, trasladando la mencionada doctrina del TEDH al sector del reconocimiento de las adopciones extranjeras, no debe olvidarse que la finalidad del art.8 de la Convención es la protección del individuo frente a las intromisiones arbitrarias de los poderes públicos, para lo cual debe verificarse el equilibrio necesario entre los intereses del sujeto y los de la sociedad en su conjunto, si bien el Estado dispone de un cierto margen de apreciación.<sup>41</sup> Aquí, no cabe la menor duda de que el interés del hijo ya adoptado ha de operar como límite a la excepción de orden público internacional, orientando y matizando la aplicación de la mencionada excepción por los Tribunales de los Estados contratantes de la Convención, de donde se desprende que las autoridades internas deberán ponderar todos los intereses en juego, si bien velando por la salvaguarda del interés superior del menor, que siempre habrá de prevalecer sobre los demás intereses concurrentes. Semejantes argumentos resultan igualmente extrapolables a la aplicación de la “cláusula chadiana” en el momento de otorgar eficacia a una adopción extranjera.

34. Por otra parte, dejando al margen el cumplimiento de los requisitos de los arts.26 y 30 LAI, un sector doctrinal, ante la hipótesis que suscita la prohibición del art.4.2.a) LAI, ha planteado que el citado precepto constituye una norma imperativa española<sup>42</sup>. De este modo, a su entender, de darse el caso de una adopción constituida en un país extranjero que se encuentre en alguna de las circunstancias excepcionales contempladas en la “cláusula chadiana”, se debería aplicar el art.6.3 Cc, cuya consecuencia sería la nulidad del acto por infracción de una norma imperativa o prohibitiva española. Ahora bien, existen corrientes contrarias a la operatividad del art.6.3 Cc, que en estos supuestos, abogan por desvincular la cuestión de la eficacia de la adopción del acto viciado<sup>43</sup>. No en balde, no puede desconocerse que lo normal será que el adoptado ya se encuentre en nuestro país, conviviendo con la familia adoptiva y por consiguiente, la nulidad de la adopción resultará gravemente perjudicial al beneficio del menor, cuyo interés ha de primar a la hora de tomar cualquier decisión que le concierna.

#### IV. ¿Es posible extender las condiciones del art.4.2.a) LAI al proceso de conversión de una adopción simple extranjera en una adopción regida por el Derecho español?

35. A continuación, se abordará el estudio de la segunda de las cuestiones formuladas al principio de este trabajo. Así, con carácter previo, hay que recordar que el art.30.4 LAI incorpora la posibilidad de transformación de una adopción simple en una adopción regulada por el Derecho español mediante un expediente de jurisdicción voluntaria<sup>44</sup>, que es común a las adopciones cubiertas por la LAI y a las certificadas conforme al Convenio de la Haya de 1993, al no contemplar éste previsión alguna al respecto<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> Aquí, resultan ilustrativas las SSTEDH de 13 de junio de 1979, *Caso Marckx contra Bélgica*, (TEDH 1979/2) y de 12 de julio de 2001, *Caso K. y T. contra Finlandia* [GS], (TEDH 2001/467).

<sup>41</sup> Téngase en cuenta la argumentación del TEDH en la STEDH de 3 de mayo de 2011 (caso *Négrépontis-Giannis* c. Grecia), también mencionada.

<sup>42</sup> Vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, “Prohibiciones y limitaciones ...cit”, p. 212

<sup>43</sup> De nuevo, puede consultarse, M. HERRANZ BALLESTEROS, “Prohibiciones y limitaciones ...cit”, p. 212. La citada autora cita en este punto a J.M. DÍAZ FRAILE, «La adopción internacional ante el Registro civil», *Seminario Julio González Campos celebrado en la UAM*, junio de 2010.

<sup>44</sup> La Ley 26/2015 modificó el art. 30.4 LAI, exigiendo que el procedimiento de conversión de una adopción simple en plena se verifique mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, previsto en el art. 42 LJV. El texto original del art. 30.4 LAI, anterior a la reforma de 2015, daba a entender que el proceso de transformación de la adopción simple extranjera se habría de llevar a efecto mediante expediente judicial. Pero, el legislador de la Ley 54/2007 no se preocupó de especificar las reglas que regirían el procedimiento de conversión, ni tampoco de precisar si el expediente judicial al que se refería el anterior art. 30.4 LAI debería ser un expediente de jurisdicción voluntaria, similarmente a lo que ocurre para la constitución de la adopción.

<sup>45</sup> El reconocimiento y efectos en nuestro país de las adopciones simples o no plenas constituidas en el extranjero depende de que la adopción se haya tramitado o no conforme al procedimiento previsto en el CH 1993. El Convenio establece la posi-

36. En segundo término, cabe puntualizar que sólo cabrá la conversión de aquellas adopciones que se ajusten a la ley designada por el art.9.4 Cc o que se consideren válidas y existentes con arreglo a dicha ley, en aplicación del art.30.1 y 2 LAI<sup>46</sup>.

37. Dicho esto, tanto el art 30.4 LAI, desde su versión original<sup>47</sup>, como el art.42 LJV indican que en el procedimiento de conversión no es precisa la propuesta previa de la Entidad Pública española, necesaria para la constitución de la adopción por las autoridades españolas, de conformidad con lo previsto en el art. 176.2 Cc, de manera que no se exige su intervención<sup>48</sup>. Se trata de una previsión coherente con el criterio mantenido por nuestros Tribunales en otros supuestos en los que tampoco es necesaria la propuesta administrativa previa, con fundamento en la facultad que concede al Juez el art. 176.1. CC, para valorar, en todo caso, si los solicitantes resultan idóneos para el ejercicio de la patria potestad y si la adopción redundaría en interés del adoptando. No obstante, el art.42 LJV sí que requiere que con la solicitud se acompañen determinadas circunstancias que coinciden con las que deben figurar en la propuesta administrativa, en cuanto sean aplicables.

38. La clave para resolver si es posible la conversión de una adopción simple que se haya constituido con infracción de la prohibición del art.4.2.a) LAI se sitúa en los apartados a) a g) del art.30.4 LAI, que contemplan una serie de condiciones, equivalentes a las exigidas en el CH 1993 y que se refieren al denominado consentimiento “ilustrado”<sup>49</sup>. En concreto, se exige que los padres, parientes, representantes legales, instituciones y autoridades que intervengan en la adopción hayan emitido su consentimiento con conocimiento de causa y habiendo recibido la necesaria información. Del mismo modo, se distingue entre los anteriores consentimientos y el consentimiento, deseos y opiniones del niño, según su edad y grado de madurez, reiterando lo previsto en el apartado c) para los consentimientos del resto de los intervinientes. A ello se suma que el apartado d) exige el asesoramiento y la información convenientes acerca de las consecuencias tanto de la adopción en sí, es decir, de sus efectos, como de su consentimiento. Ello incluiría el dato de la ruptura de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, que comportaría la conversión de la adopción simple en plena. Ade-

---

bilidad de conversión de la adopción simple en plena, de cumplirse los presupuestos de su art. 27, si bien, el art.9.5 Cc anterior a la LAI presentaba un vacío legal que ha sido completado a través del art. 30.4 LAI. Este precepto incorpora por vez primera una regulación específica para la conversión de las adopciones simples o no plenas, tanto si se han dictado en el ámbito del propio Convenio como si lo han sido al margen del mismo y por tanto, quedan sujetas al régimen de reconocimiento de la LAI.

<sup>46</sup> Como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, el vigente art.9.4 Cc es una norma de conflicto de orientación material que se articula a través de puntos de conexión jerarquizados. De este modo, el punto de conexión principal se sitúa en la residencia habitual del hijo, estableciendo la norma otros dos puntos de conexión que funcionan de forma subsidiaria y sucesiva. Así, “a falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento” y “si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española.” Aquí, debe señalarse que no es ésta la solución que ofrecía el art.9.4 Cc en la redacción que le daba el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, en tanto que disponía: “La determinación y el carácter de la filiación, por naturaleza o por adopción, se regirán por la ley nacional del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley de la residencia habitual del hijo en ese momento.”

<sup>47</sup> LA Ley 26/2015 ha suprimido el segundo inciso del párrafo primero del art. 30.4 LAI, de tal manera que, actualmente, ya no establece que la adopción simple o menos plena deba considerarse como un acogimiento familiar. Así, se pone fin a la controversia doctrinal surgida a raíz del art. 27.4 del Anteproyecto y en el art. 30.4 del Proyecto de Ley de Adopción Internacional, en los cuales se matizaba que esta consideración tendría lugar exclusivamente a los efectos de la transformación de la adopción simple o menos plena en una adopción regulada por el Derecho español. La expresión «exclusivamente a dichos efectos» se eliminó del texto definitivo de la Ley 54/2007 durante la tramitación parlamentaria a instancias del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, cuya enmienda nº 100 fue acogida en el Informe de la Ponencia remitido a la Comisión de Justicia del Senado. Vid. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 143-12, de 27/11/2007, p. 92. En cuanto a las opiniones de la doctrina, consúltese, A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.* pp. 304 y 305, en la cual, dichos autores insistían en que la equiparación a un acogimiento tenía lugar a los solos efectos de la conversión de la adopción simple en una adopción plena española, lo que permitía a su vez que no fuera necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública competente, en los términos del siguiente párrafo del art. 30.4 LAI.

<sup>48</sup> La exención va más allá de los supuestos previstos en el propio art. 176.2.3º Cc, con los que pudiera presentar cierta similitud, habida cuenta que la citada disposición introduce un límite temporal que no está previsto en el caso del art. 30.4 LAI, al exigir que el adoptado lleve más de un año bajo la medida de guarda con fines adoptivos o bajo la tutela del adoptante.

<sup>49</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, p.307.

más, en todo caso, los consentimientos han de prestarse libremente, por escrito y sin que medie pago o contraprestación y ningún beneficio material.

**39.** En cuanto al consentimiento de la madre, tanto el apartado d) del art. 30.4 LAI como el apartado 4 del art. 4 c) CH 1993, establecen que debe prestarse, cuando resulte exigible, después del parto, requisito este que también está previsto en el art. 177.2 Cc<sup>50</sup>. Nótese aquí que este consentimiento solo se dispone cuando «se exija», razón por la cual no es necesario en el caso de que la madre haya fallecido o haya sido privada del ejercicio de los derechos inherentes a la responsabilidad parental, así como cuando el menor se encuentre en situación de desamparo o abandono.

**40.** En lo referente a los apartados a) a g) del art.30.4 LAI, debe advertirse que constituyen normas imperativas<sup>51</sup>, de obligado cumplimiento, que han de respetarse cualquiera que sea el contenido de la ley aplicable<sup>52</sup>, toda vez que con tales exigencias se pretende garantizar que la adopción tenga lugar en interés del menor y con el respeto a sus derechos fundamentales, de conformidad con los arts. 12 y 21 del Convenio de los Derechos del Niño<sup>53</sup>. Por este motivo, en ausencia de alguno de los requisitos previstos en el citado precepto, la transformación de la adopción simple en una adopción regulada por el Derecho español no será posible, al igual que sucede en el ámbito del Convenio de La Haya de 1993<sup>54</sup>.

**41.** Por consiguiente, el Juez ante el que se inste el expediente de conversión no puede atender de forma aislada al dato de que la adopción simple o no plena extranjera se haya constituido respecto de un menor cuya residencia habitual estuviera en un país que se encontrase sumido en un conflicto bélico o desastre natural en el momento en que se constituyó la adopción simple. Ello, en tanto en cuanto lo verdaderamente relevante, en orden a decretar la transformación de la adopción simple en una adopción con los efectos previstos en el ordenamiento español, es que, como consecuencia de la concurrencia de alguno de los supuestos previstos en el art.4.2.a) LAI, se hayan omitido alguno de los requisitos establecidos en los apartados a) a g) del art.30.4 LAI, concernientes a los consentimientos y declaraciones de voluntad que debieron emitirse en el momento en que se acordó la adopción simple o no plena por la autoridad extranjera competente.

<sup>50</sup> Al igual que el art. 177.2 Cc, el art. 235.4.2 del Código de Derecho Civil de Cataluña requiere que el asentimiento de la madre se otorgue tras el parto, fijando el plazo que ha debido de transcurrir en seis semanas.

<sup>51</sup> En este sentido, los requisitos de los apartados c) y d) del art.4 CH 1993, a los que remite el art.27 del propio Convenio y que se reiteran en los apartados a) a g) del art.30.4 LAI, constituyen normas materiales imperativas, que operan como condición para que pueda efectuarse la conversión de la adopción simple en plena en el Estado de recepción, con independencia de que en los ordenamientos jurídicos de dichos Estados deban cumplirse o no tales exigencias. Vid. G. PARRA ARANGUREN, *Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. Informe explicativo*, <http://www.hcch.net/upload/brochure33es.pdf> y F. CALVO BABIO, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Madrid, Dykinson, 2003, p.382.

Por lo demás, cabe recordar aquí que las normas materiales imperativas son aquellas cuya aplicación resulta necesariamente obligatoria, que excluyen el recurso a la norma de conflicto y por tanto, también la aplicación del Derecho extranjero designado por ésta. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional Privado*, Vol.I, Decimoquinta edición, 2014-2015, Granada, Comares, 2014, p.362.

<sup>52</sup> Vid. J.M DÍAZ FRAILE, , “Problemas actuales de la adopción internacional”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 15, 2011 (Ejemplar dedicado a: El menor ante el derecho en el siglo XXI / coord. por J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, A.M. RODRÍGUEZ GUITIÁN), pp. 125-141. Este autor indica que los presupuestos de los apartados a) a g) del art.30.4 LAI operan aunque la ley aplicable a la conversión no los prevea. Del mismo modo, se pone en acento en la dificultad de examinar dichos extremos en la práctica.

<sup>53</sup> No obstante, aquí cabría argumentar que, a diferencia del art.4.a) CH 1993, el art.30.4 LAI no contempla expresamente la necesidad de acreditar que el menor sea adoptable. No obstante, como apuntan algunos autores, este dato debería haber sido constatado por la autoridad extranjera que constituyó la adopción. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, p.308.

<sup>54</sup> Es evidente que el propósito del legislador español también ha consistido en impedir la conversión de una adopción simple o menos plena en una adopción regida por el Derecho español, sin la concurrencia de los consentimientos requeridos a tal fin. Y ello, en estricto cumplimiento de los principios recogidos no sólo en el CH 1993, sino también del Convenio de UN sobre los Derechos del Niño, de cuyo respeto parte la LAI y que, además, resultan trascendentales en la nueva regulación, según reconoce la propia norma en su Exposición de Motivos. Así lo entienden también, R. ARENAS GARCÍA Y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La Ley 54/2007...cit.”

42. En este punto, tampoco debe olvidarse que, de igual modo, son, precisamente, estas exigencias relativas a los consentimientos de los intervinientes en el proceso de adopción, junto con el interés del adoptando, las que se han de tomar en consideración para valorar la aplicación de la excepción del orden público internacional a la hora de otorgar el reconocimiento de toda adopción, ya sea ésta simple o plena. Por esta razón, es fácil suponer que, de no concurrir alguno de dichos extremos y tratándose de una adopción simple o no plena, el orden público internacional ya habría operado con carácter previo a la conversión, puesto que, en su virtud, dicha adopción devendría ineficaz en España y no podría considerarse válida y existente en nuestro país, por aplicación del art. 31 LAI. Esto, aunque se ajustase a la ley designada por el art.9.4 Cc, en los términos del art.30.1 y 2 LAI.

## V. Conclusiones finales

43. Del estudio de los presupuestos de aplicación de la denominada “cláusula chadiana”, se desprende que la aplicación de la prohibición del art.4.2.a) LAI tiene carácter preventivo y opera durante la tramitación de la adopción, es decir, durante la fase administrativa previa, en la cual interviene la Entidad Pública española competente, que es la que, en último término, tiene que decidir si suspende la tramitación de adopciones internacionales con países que se encuentran inmersos en conflictos bélicos o catástrofes naturales, incluso, respecto de aquellos procedimientos en curso.

44. En el caso de que la constitución de la adopción se llevase a cabo por las autoridades españolas, conforme a los criterios de competencia judicial internacional del art.14 LAI, dado que el art.4.2.a) LAI pretende evitar la adopción de menores que no son adoptables, parece lógico que el Juez también pueda controlar el cumplimiento de la “cláusula chadiana” para verificar que la adopción se acuerde en interés del menor, con fundamento en la facultad que le otorga el art.176.1 Cc, aplicable en virtud del art.18 LAI.

45. Ahora bien, una vez constituida la adopción en el extranjero, sea ésta plena o simple, su eficacia en España quedará supeditada a lo dispuesto en los arts.26, 30.1 y 2 y 31 LAI. Cumplidas las exigencias de dichos preceptos, la estabilidad del estado civil, que deriva del establecimiento de la filiación adoptiva por la competente autoridad extranjera y con arreglo a su propia ley, junto con la salvaguarda del principio de seguridad jurídica (art.9.3 CE), impedirán que la “cláusula chadiana” opere como motivo para impedir el reconocimiento de la adopción extranjera en nuestro país. A lo que se suma que la denegación del reconocimiento podría resultar contraria al art.8 CEDH y a la interpretación que del mismo realiza la jurisprudencia del TEDH.

46. Los mismos argumentos de estabilidad del estado civil, seguridad jurídica y respeto a la vida personal y familiar, se pueden aducir en defensa de la no aplicación de las consecuencias del art.6.3 Cc a una adopción internacional constituida en el extranjero con infracción del art.4.2.a) LAI. Máxime, cuando el menor adoptado ya convive en nuestro país con los adoptantes.

47. En cuanto a la conversión de la adopción simple en los términos del art.30.4 LAI, si la adopción se ajusta a lo previsto en los apartados 1 y 2 del art.30 LAI y se cumplen con las exigencias de los apartados a) a g) del propio art.30.4 LAI, no hay motivo alguno para no proceder a la transformación por el mero hecho de que se haya vulnerado la prohibición del art.4.2.a) LAI. Resulta obvio que si el legislador hubiese querido extender la aplicación de la “cláusula chadiana” a la conversión de una adopción simple en una adopción con los efectos de la adopción española, lo hubiera establecido así de forma expresa, de manera similar a como lo ha hecho respecto de las condiciones de los apartados a) a g) del art.30.4 LAI.