

los autores subrayan algo clave en el debate al recordar que, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, no está predeterminado que el ataque armado debe proceder de un Estado, por lo cual la magnitud de aquel conflicto bélico, tal y como se detalla en las pp. 252-256, equivaldría a su juicio a un uso serio de la fuerza similar al que padecieron años atrás las tropas francesas en Costa de Marfil. Si aquéllos recurrieron al derecho de legítima defensa para destruir completamente la aviación atacante, los profesores Bermejo y Gutiérrez Espada se pregunta «¿acaso Israel sería diferente?» (p. 257). El Consejo, por su parte, al adoptar la resolución 1.701 y crear una nueva fuerza parece que tiene una clara voluntad de corregir las deficiencias de lo que se ha venido en denominar UNIFIL I, dándoles un carácter más militar, consciente de que sólo así se podrá garantizar el establecimiento de una paz duradera. Y como es sabido, la participación militar europea, y en concreto la española, ha sido decisiva para la desaparición de amenazas en la zona norte de la llamada línea azul.

A modo de conclusión es bueno recordar la que la Unión Europea lleva implicada, de una forma u otra, décadas en la resolución del conflicto en la región. Y que en un futuro próximo, como aconsejan los autores de esta obra, si realmente se quiere seguir avanzando en esta materia, la Unión deberá replantear y reformar sus capacidades militares para poder ser un instrumento eficaz en la estabilización de la zona.

Eugenia LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ

Profesora titular de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales

Universidad de Navarra

4. EL INCIDENTE DEL «ARCA DE ZOÉ», EL TRÁFICO DE NIÑOS Y LA CRISIS DEL CHAD: APUNTES DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO

1. **Aspectos en presencia.**—El incidente provocado por la detención de los miembros de la ONG «El Arca de Zoé», los periodistas franceses, el piloto belga y los tripulantes españoles de la aeronave fletada por aquella para desarrollar una supuesta misión humanitaria de rescate de menores víctima del conflicto de Darfur en el Chad constituye un interesante caso para poner de manifiesto la incidencia de diferentes sectores del ordenamiento jurídico internacional (y del Derecho comunitario europeo) involucrados en el desarrollo de la situación, así como sus entresijos políticos. Por otro lado, no menor importancia cobran los aspectos de Derecho internacional privado presentes en el supuesto al constituir el núcleo del incidente la tentativa de trasladar irregularmente menores desde el país africano con objeto de facilitar su adopción o acogimiento por parte de familias francesas y españolas, revelando el lado oscuro del humanitarismo practicado por algunas ONGs.

Ha de empezarse advirtiendo, que el tratamiento informativo del tema adoleció desde el primer momento —particularmente en nuestro país— de inequívocos prejuicios rayanos con el racismo, al cuestionarse la regularidad y la competencia misma de las autoridades chadianas para intervenir en el asunto— ¿Será acaso necesario recordar las notas de exclusividad, plenitud y oponibilidad que caracterizan el ejercicio de la soberanía territorial por parte de todo Estado, así como el consiguiente poder para enjuiciar los delitos presuntamente cometidos? ¿Cómo cuestionar que un Estado, parte además en la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, no afronte las exigencias que se derivan del cumplimiento de sus obligaciones internacionales, para con los menores presentes en su territorio y objeto, cuando menos, de un traslado irregular? Por otro lado, los medios de comunicación se expla-

yaban en las infrahumanas condiciones de detención arrostradas por los europeos, así como en las supuestas irregularidades que caracterizarían todo el desarrollo de la instrucción y el proceso posteriores.

En otro orden de cosas, el incidente se producía en un momento en que se planteaba el despliegue de fuerzas europeas en el área –el dispositivo EUFOR CHAD/RCA establecido por la Acción común 2007/677/PESC, de 15 de octubre– como apoyo de transición a la misión MINURCAT, creada por el Consejo de Seguridad en su Resolución 1778 (2007), de 25 de septiembre, con el objetivo de «ayudar a crear las condiciones de seguridad necesarias para el regreso voluntario, seguro y sostenible de los refugiados y los desplazados, ... contribuyendo a la protección de los refugiados, los desplazados y los civiles en peligro, facilitando la prestación de asistencia humanitaria en el este del Chad y el nordeste de la República Centroafricana y creando condiciones favorables a la reconstrucción y el desarrollo económico y social de esas zonas». Por otra parte, en el dispositivo europeo, integrado sustancialmente por tropas francesas, participa nuestro Estado con un exiguo contingente. Todas estas circunstancias han debido de tener alguna trascendencia en la evolución de la crisis (si no en su mismo origen).

Desde la perspectiva española, el incidente también ponía de manifiesto la limitada capacidad de nuestra acción exterior en el continente africano. En este sentido, basta recordar que el bien alardeado Plan África sitúa a Chad como unos de los países objeto de «especial seguimiento» por parte de nuestra diplomacia en razón «tanto de su potencialidad a medio plazo como de su inestabilidad interna que puede constituir un riesgo para la paz y la seguridad regionales» señalándose a este respecto hechos tales como el gran número de refugiados centroafricanos y sudaneses que viven en él, el hecho de ser zona de paso y de acción de varios movimientos rebeldes y su inestabilidad política crónica (Ministerio de AAEE y Cooperación, Dirección General de Comunicación Exterior, *Plan África 2006-2008*, Madrid, junio de 2006, pp. 45 y 133). Pese a tales designios, para encarar tal situación nuestro Estado se limitaba a mantener relaciones diplomáticas –establecidas en 1975– a través de la multirrepresentación asignada a la Embajada de España en Yaundé (Camerún) y a disponer de un Vicecónsul honorario en Yamena, pese a que el precitado Documento estratégico planteaba reforzar la cooperación con este Estado (ibíd., pp. 133-134) aunque sin llegar a desarrollos como los emprendidos con los países del África occidental –origen de los flujos migratorios irregulares con destino a nuestro país y beneficiarios por ello de diferentes acuerdos y programas de cooperación. De hecho, los medios limitados empleados por nuestro Estado en el curso de la crisis y la consiguiente debilidad de las acciones desarrolladas en abierto contraste con la «grandeur» exhibida por el narcisista Presidente de la República francesa, N. Sarkozy–, que protagonizaba el 4 de noviembre una mediática visita relámpago a la capital del Chad –saldada con la liberación de las azafatas españolas y los periodistas franceses– siendo aquéllas incluso transportadas a Madrid en el avión presidencial francés, eran objeto de aceradas críticas en los medios de comunicación (al respecto, Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Estados, ONG's, personas (A propósito del Arca de Zoé)», Diario *La Verdad* (Murcia), 10 de noviembre de 2007; accesible en <<http://www.laverdad.es/murcia/20071110/opinion/estados-personas-20071110.html>>). Bien es cierto que, dejando de lado el personalismo y sensacionalismo con el que el Presidente francés intervenía en la situación, el Estado español difícilmente podría actuar más eficazmente en un país sobre el que Francia viene ejerciendo un estrecho control desde el tiempo de su «independencia».

En todo caso, lo que sí es cierto es que con sus reducidos medios las autoridades españolas parecían adoptar las medidas oportunas a lo largo de la crisis. En este sentido, de acuerdo con las fuentes del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, desde el jueves 25 de octubre por la tarde, cuando se tuvo conocimiento de los hechos, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación» puso en marcha un dispositivo para prestar la perceptiva asistencia consular a los siete ciudadanos españoles, garantizada por el bien conocido artículo 36

del Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 1963. Por otra parte, en la reunión mantenida en Madrid por el Ministro de Asuntos Exteriores con los familiares de los españoles detenidos en Chad, así como con representantes de la empresa GIRjet –propietaria de la aeronave y empleadora de los tripulantes retenidos en Chad– y del sindicato SEPLA, el responsable ministerial destacaba, que «pese a la delicadeza de la situación» (*sic*) se estaban desarrollando «múltiples gestiones políticas ... al más alto nivel... para conseguir la pronta liberación de todos ellos», garantizando que en el interin los tripulantes aún en prisión «seguirían recibiendo toda la atención consular necesaria» (Cfr. MAAEE, Nota de Prensa 262, 6 de noviembre de 2007, en < <http://www.mae.es/es/MenuPpal/Actualidad/Notas+de+Prensa/262NP20071106.htm>>). De hecho, el traslado de agentes diplomáticos españoles al Chad –incluida la Embajadora– para asistir a nuestros ciudadanos y desarrollar las gestiones oportunas– confirmaba la disposición de nuestras autoridades, pese a que indudablemente nuestros connacionales se beneficiaban de la «protección por afinidad» proporcionada por los agentes consulares franceses presentes en el territorio chadiano, en aplicación de la previsión establecida en el artículo 20 TCE (Cfr. JIMÉNEZ PIERNAS, C., «Estatuto de ciudadano y derecho de asistencia a los ciudadanos de la Unión Europea», en Derecho internacional y Tratado constitucional europeo (F. M. MARIÑO MENÉNDEZ, dir.; C. J. MOREIRO GONZÁLEZ, coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, p. 459).

Finalmente, el desarrollo de la instrucción por parte de los órganos jurisdiccionales chadianos (y, a buen seguro, las gestiones políticas) lograba la liberación del resto de los españoles detenidos, que eran eximidos de los cargos inicialmente presentados en tanto que el procesamiento de los inculpados –todos ellos de nacionalidad francesa y miembros de la ONG «El Arca de Zoé»– se desarrollaba con una sorprendente celeridad, hasta el punto de que a finales del mes de diciembre eran sentenciados y apenas un día más tarde eran trasladados a Francia para cumplir las condenas impuestas en ejecución de las previsiones contenidas en el artículo 29 del Acuerdo en materia judicial entre el Gobierno de la República francesa y el Gobierno de la República de Chad firmado el 6 de marzo de 1976 (*JORF*, 30 de abril de 1978, p. 1919; texto accesible en <<http://www.entraide-civile-internationale.justice.gouv.fr/conventions/tchad.pdf>>), como confirmaba el portavoz del Ministerio de AAEE francés (Cfr. <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/les-francais-etranger_1296/conseils-aux-familles_3104/adoption-internationale_2605/actualites_3230/arche-zoe-situation-au-27-decembre-2007_49970.html>). De hecho, a salvo lo que pueda deparar el desarrollo de las actuaciones judiciales emprendidas paralelamente en Francia contra los miembros de la ONG, el cumplimiento efectivo de las condenas –adaptado a las especificidades de la legislación penitenciaria francesa, con la consiguiente supresión de los trabajos forzados inicialmente impuestos, de conformidad con el artículo 30 del Acuerdo– se revela sumamente dudoso al planear la sombra de un arreglo político entre Francia y Chad que posibilitaría –transcurrido un plazo prudente con miras a tranquilizar a la opinión pública (sensiblemente hostil en el caso chadiano)– el otorgamiento del indulto por parte del Presidente del Estado africano, I. Déby, dado que de conformidad con el artículo 32 del Acuerdo de 1976 el ejercicio del derecho de gracia es competencia del Estado al que pertenece la autoridad judicial de condena (Sobre el particular, Cfr. Diario *El País*, 29 de diciembre de 2007, p. 12).

El casi feliz desenlace de la crisis no puede hacer olvidar el perverso papel protagonizado por una ONG, animada de unos objetivos aún no suficientemente aclarados, revelando con ello una faceta más del «lado oscuro» del «humanitarismo» evocado por D. Kennedy y poniendo de manifiesto cómo la hipostasiada acción de estos agentes de la sociedad civil internacional no se ve ayuna de comportamientos reprochables ética y jurídicamente; no por casualidad, tanto antes como al hilo de la crisis se iban revelando en nuestro país otras tantas actuaciones irregulares de otras ONGs que ponían en entredicho la confianza depositada en algunos de estos actores.

2. **El tráfico de niños y las adopciones internacionales.**—El intento de traslado de 103 menores desde el Chad a Francia, reabre el debate sobre las adopciones internacionales obtenidas a través del tráfico de niños. Según la versión oficial, los menores fueron separados de sus familias mediante engaños con la finalidad de ser adoptados en Francia, mientras que, según la versión del Presidente de la asociación (en una carta que puede consultarse en www.france-info.com), fueron entregados por los «jefes de los poblados» como niños carentes de familia para ser dados, inicialmente, en acogimiento a familias francesas voluntarias en un programa de cooperación humanitaria que Arca de Zoé había difundido en Francia. Un cúmulo de circunstancias (entre ellas, una posible denuncia del secuestro por uno de los miembros de la asociación a las autoridades del Chad) hizo que finalmente los niños no llegaran a salir del país y que, ahora, el tema se debata en el campo estrictamente penal. Sin embargo, esto no evita la reflexión sobre cómo se hubieran desarrollado los hechos de haberse consumado el traslado, lo que lleva a analizar las garantías que establecen la regulación sobre adopción internacional para evitar que éstas se logren por medios ilícitos, particularmente cuando no existe un instrumento convencional que vincule en esta materia a los Estados de origen y de acogida.

El primer dato importante a tener en cuenta es que la propia presencia de los menores en el Estado de acogida implica tener que asumir medidas de protección sobre aquéllos, sobre todo cuando su repatriación no puede realizarse con las garantías necesarias. Son conocidas situaciones de este tipo en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y la imposibilidad en el caso concreto de restitución del menor. El supuesto todavía es más preocupante cuando, como ocurre con el Chad, no existe instrumento convencional que garantice la pronta restitución de los menores al Estado de origen, lo que la hubiera dificultado enormemente, dejándola en el terreno de la diplomacia y en el marco general de la cooperación que abre el Protocolo Facultativo, de 25 de mayo de 2000, de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, del que son partes Francia y Chad. De hecho, las autoridades francesas hubieran tenido que tomar medidas de protección sobre los menores que podrían devenir en definitiva si transcurre un tiempo prolongado hasta la repatriación o se entiende que ésta no puede realizarse con garantías para aquéllos. De este modo, el «interés del menor» podría acabar «subsanando» en el ámbito civil una ilicitud inicial. Por este motivo, es aconsejable que las garantías para evitar adopciones «ilícitas» actúen antes del traslado del menor, si este traslado tiene como fin declarado la constitución o el reconocimiento de la adopción en el Estado de acogida, o antes de la constitución de la adopción, si la entrada del menor en el Estado de acogida no se ha producido con el objetivo inicial de ser adoptado.

La valoración global del asunto Arca de Zoé en relación con la, aparente, pretensión de constituir adopciones internacionales no hubiera cambiado incluso aunque el traslado se hubiera justificado en razones humanitarias y se pudiera reconocer en Francia el estatuto de refugiado (objetivo explicitado por la asociación). De hecho, el caso del Chad muestra los riesgos subyacentes en la adopción de menores refugiados o desplazados por una crisis en el Estado de origen, debido a una guerra o una catástrofe natural. No son nuevas las recomendaciones efectuadas por parte de ACNUR y de la Conferencia de La Haya, a través de la Recomendación, de 21 de octubre de 1994, relativa a la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional a los niños refugiados y otros niños internacionalmente desplazados, para tratar de evitar que se aprovechen estas situaciones para constituir adopciones irregulares y que giran en torno a dos aspectos esenciales: la subsidiariedad de la adopción internacional frente a la reagrupación familiar y la falta de equivalencia entre menor no acompañado o «separado» y menor huérfano. Ambos aspectos obligan a que, en todo caso, el Estado de acogida tome las precauciones adecuadas para conocer la situación familiar del menor y la realidad de los consentimientos necesarios (otorgados libremente, tras el nacimiento del niño, con conocimiento de causa y sin contraprestación) por parte de los representantes de los menores.

La solución pasa por arbitrar algún sistema que contemple la cooperación con el Estado de origen, pero entendiendo por tal no la residencia actual del menor sino su residencia habitual anterior al traslado.

Ciertamente la residencia habitual del menor es, a estos efectos, un concepto determinante en el ámbito general de la protección de menores, y así lo confirma el sistema del Convenio de La Haya de 1993, por su significado sobre el pasado del menor (proximidad y de conocimiento de su realidad familiar, social y cultural) y sobre el futuro del menor (voluntad de integración en el Estado de acogida). Pero ocurre también que la residencia habitual puede ser fácilmente manipulable con vistas a eludir determinados controles y/o prohibiciones y lograr, por una vía fraudulenta, la constitución de la adopción. En el caso de menores refugiados y desplazados, al margen de considerar la residencia actual de los menores en el Estado de acogida como su Estado de origen (cuyo carácter se defiende en el apdo. 1 del citado Protocolo del Convenio de La Haya de 1993), no puede perderse la referencia de su residencia anterior para verificar los vínculos familiares que el menor mantiene en el mismo, de modo que la residencia actual en el Estado de acogida debe interpretarse, al menos en un inicio, como temporal (véase, por ejemplo, el carácter temporal del estatuto de «desplazado» establecido en el art. 7 Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, sobre protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas). Estos elementos son fundamentales para evitar que la constitución de la adopción en el Estado de acogida sea la causa de la ruptura con su familia y su entorno, en vez de su consecuencia. Afortunadamente, la flexibilidad que introduce el interés del menor, interpretado con las claves dadas por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, permite que la autoridad competente en materia de protección de menores tenga en cuenta estas especialidades antes de constituir una adopción internacional y más allá del carácter fáctico del concepto residencia habitual, pueda interpretarlo en función de las circunstancias específicas de cada menor.

En el caso concreto de los niños que iban a ser trasladados por el Arca de Zoé las posibilidades para constituir su adopción en Francia hubieran sido, inicialmente, nulas. Y ello no sólo, porque las autoridades francesas habían ordenado abrir, meses antes, una investigación sobre la citada organización y habían denunciado la ausencia de habilitación para funcionar como entidad mediadora en adopciones internacionales, sino también por la aplicación del artículo 370-3 del Código civil francés, introducido en la reforma de 2001, que impide las adopciones de menores cuya ley nacional las prohíba, siempre que no hayan nacido y tengan su residencia en Francia (circunstancias todas ellas presentes en los menores del Chad y también de Sudán). Es cierto que el reconocimiento de este poder de veto a la ley nacional del menor introduce aspectos más que cuestionables y tiene, en ciertos casos, consecuencias perversas en contra del interés del menor (ver las críticas de MUIR-WATT, H., «La loi nationale de l'enfant comme métaphore: le nouveau régime législatif de l'adoption internationale», *Journ. dr. int.*, 2001, pp. 995 y ss.), pero al menos en supuestos como el analizado, en el que los menores mantienen sus vínculos con su Estado de origen, puede convertirse en una garantía para evitar el tráfico de niños con vistas a la adopción. En todo caso, sería una garantía temporal puesto que el reconocimiento del estatuto de refugiados a los niños hubieran abierto la puerta a la adquisición de la nacionalidad francesa (vía art. 21-19 del Código civil francés) y con ello, a la elusión de dicha prohibición.

Si trasladamos esta problemática a nuestro Derecho interno, hasta la fecha, nuestro sistema autónomo de adopción carecía de garantías expresas específicas en relación con situaciones de riesgo como las descritas. Por ello, merece la pena destacar los avances que sobre esta cuestión va a suponer la recién aprobada Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. Es ciertamente un avance que no se tramiten solicitudes de adopción de «menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado» cuando el menor adoptando resida en un país que se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural

[art. 4.1.a)], cuando no exista en ese país una autoridad específica que controle y garantice la adopción [art. 4.1.b)] o cuando en el mismo no se den las garantías adecuadas [art. 4.1.c)]. Siendo esencialmente buena la filosofía del precepto, se imponen algunas matizaciones. En primer lugar, la referencia inicial a «menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado» debe entenderse limitada a los segundos, ya que las garantías del precepto sólo tienen sentido en función de la residencia en el extranjero (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El Proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente», *Actualidad Civil*, 2007, núm. 22, apdo. 29). En segundo lugar, del artículo 4.1 no se deriva que esas mismas garantías se apliquen cuando el menor ya ha adquirido su residencia habitual en España, pero ha sido trasladado desde un Estado en el que se daba alguna de las circunstancias allí descritas. A los efectos que estamos examinando, las precauciones deben adoptarse no sólo con un niño que *reside* en un Estado en guerra sino también con el niño refugiado o desplazado que ya reside en España pero que *procede* de un Estado en guerra. Esta misma idea debe estar presente para justificar el ámbito de la competencia de la autoridad del Estado de origen que se reconoce en el artículo 4.1.b). Esta interpretación amplia de la residencia habitual, cuando se ha producido un traslado del menor, todavía adquiere más relevancia si se considera que durante la tramitación de la Ley desapareció el apdo. 4 del artículo 19, que respetaba las prohibiciones de adoptar de la ley nacional del menor a menos que estuviera en desamparo y tutelado por la Entidad Pública española y no fuera posible su repatriación. Con ello, puede perderse la referencia del entorno del menor cuando éste ha sido trasladado a nuestro país sin haberse podido corroborar fehacientemente su situación y los consentimientos necesarios para su adopción. Aquí, el problema no es tanto la constitución de una adopción claudicante sino la imposibilidad de confirmar aquellos extremos a través de la cooperación con las autoridades del Estado de origen, ya sea directamente o a través de la autorización de las Entidades Colaboradoras acreditadas para la adopción internacional. Como tercera matización al artículo 4.1, tampoco resulta en interés del menor mantener una prohibición de adoptar *sine die* en caso de crisis en el Estado de origen cuando se dan las garantías suficientes para permitir la adopción si, en el caso concreto, se ha podido constatar, por ejemplo a través del trabajo de organismos internacionales, la situación de verdadera orfandad o abandono del niño.

En todo caso, estos condicionantes, novedosos en nuestro Derecho positivo, refuerzan el papel y el instrumento de las adopciones internacionales como lo que son, instituciones de protección del menor que, por su especial contenido, trascendencia y carácter definitivo deben decidirse con todas las precauciones necesarias. En el caso del Chad, con los elementos aportados y conocidos, el sistema de protección francés hubiera impedido, en un primer momento, la constitución de las adopciones, pero quién sabe qué hubiera ocurrido transcurrido el tiempo.

J. A. GONZÁLEZ VEGA
y P. JIMÉNEZ BLANCO