# PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

## Documento de trabajo comparativo del SSI/CIR n.° 1: Enfoque en las soluciones

International Social Service
Service Social International
Servicio Social Internacional
General Secretariat · Secrétariat Général · Secretariado General

Publicado por:

Servicio Social Internacional

32 Quai du Seujet

1201 Ginebra, Suiza

Tel: + 41 22 906 77 00; Fax: + 41 22 906 77 01

www.iss-ssi.org

© Servicio Social Internacional 2019. Todos los derechos reservados.

Queda prohibido reproducir, copiar o distribuir la presente publicación sin la autorización del editor.

Diseño e ilustraciones: www.transformbrands.co.uk

ISBN: 978-2-940629-04-6

Dambach, M. (2019). Principio de subsidiariedad. Documento de trabajo comparativo del SSI/CIR n.° 1: Enfoque en las soluciones. Ginebra, Suiza: Servicio Social Internacional.

La autora quisiera agradecer a sus colegas en el SSI/CIR por sus valiosos aportes, en particular Christina Baglietto, Juliette Duchesne, Cécile Jeannin y Jeannette Wöllenstein, así como a Christina Baglietto por la traducción del documento al español y a Ana Zanettin por su trabajo de edición.

# Índice


**Acrónimos** ..... 05

**Introducción** ..... 06

**1. La redacción histórica del principio de subsidiariedad en el Derecho Internacional** ..... 09

1.1 Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 ..... 10

1.2 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 ..... 11

1.3 Debate actual 1 – El principio de subsidiariedad, tal y como se plantea en el Convenio de La Haya de 1993, ¿entra en conflicto con la CDN? ..... 12

1.4 Debate actual 2 – ¿El principio de subsidiariedad es igualmente aplicable a los Estados de recepción? ..... 13

**2. Marcos normativos nacionales orientados al respeto del principio de subsidiariedad** ..... 15

2.1 Ejemplos legislativos ..... 16

2.2 Ejemplos de jurisprudencia nacional ..... 19

2.3 Contexto y consecuencias de la aplicación del principio de subsidiariedad ..... 20

**3. Presentación de algunas prácticas prometedoras** ..... 22

3.1 Directrices de las Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños ..... 23

3.2 La prevención de la separación familiar – Parte IV de las Directrices de la ONU ..... 24

3.3 La promoción de la reintegración familiar – Párrafos 48 a 51 de las Directrices de la ONU ..... 27

3.4 La promoción de la continuidad en la educación del niño o niña – Párrafos 57, 60, 74 de las Directrices de la ONU ..... 29

3.5 La promoción de las adopciones nacionales ..... 32

3.5.1 Un registro centralizado de adopción para facilitar la asignación de niños y niñas con futuros padres adoptivos a nivel regional ..... 32

3.5.2 La sensibilización acerca de las necesidades de los niños y niñas ..... 34

3.5.3 El apoyo proporcionado a las familias en el país de origen para la adopción de niños y niñas ..... 35

3.5.4 La preparación de los futuros padres adoptivos para que consideren una adopción nacional y la provisión de apoyo posterior ..... 36

3.6 La cooperación entre países ..... 37

**Conclusión** ..... 38

# Acrónimos

| | |
|---|---|
| **AC** | Autoridad Central en materia de adopción |
| **AI** | Adopción internacional |
| **CDN** | Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 |
| **Convenio de La Haya de 1993** | 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 |
| **Directrices de la ONU** | Directrices de la ONU de 2009 sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños |
| **EO** | Estado de origen |
| **ER** | Estado de recepción |
| **FPA** | Futuros padres adoptivos |
| **OAA** | Organismo acreditado de adopción |
| **SSI** | Servicio Social Internacional |
| **SSI/CIR** | Servicio Social Internacional / Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia |
| **UNICEF** | Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia |

# Introducción[1]

El principio de subsidiariedad es uno de los principios clave en las adopciones internacionales (AI), claramente establecido en Derecho Internacional, en particular en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y el 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 (Convenio de La Haya de 1993). El principio de subsidiariedad tiene dos niveles que se resumen a continuación:

1) ***La adopción nacional es subsidiaria al mantenimiento o al regreso del niño o niña a su familia de origen y debe darse prioridad a la prevención del abandono***. *En relación con el primer aspecto, el Manifiesto por una ética de la adopción internacional de 2015 señala que "el primer nivel del principio de subsidiariedad demanda que se dé la prioridad al mantenimiento del niño en su lugar de origen. En la práctica, implica la instauración de un sistema basado en el desarrollo de soluciones nacionales de tipo familiar para los niños separados de su familia, permitiendo disminuir las necesidades en materia de adopción internacional. Concretamente, un sistema como este debería prever programas de ayuda a las familias, para que puedan criar a sus hijos; programas de reinserción familiar en caso de separación temporal; y acogimiento familiar alternativo en caso de separación definitiva".*

1 Este documento es una version revisada de la presentación a las AC europeas en materia de adopción, preparado por Mia Dambach.

2) ***La AI es subsidiaria a la adopción nacional.*** *El Manifiesto por una ética de la adopción internacional de 2015 "consagra la subsidiariedad de la adopción internacional respecto a las medidas nacionales de tipo familiar. Por tanto, una adopción internacional debería darse únicamente después de haber buscado activamente una solución familiar de largo plazo en el país de origen del niño, especialmente entre los FPA nacionales".*

Mientras que este enfoque en dos niveles está muy presente en Derecho Internacional, es crucial que el principio primordial en todas las adopciones sea el interés superior del niño o niña[2]. Por ello, puede haber situaciones en las que sea en el interés superior del niño o niña ser adoptado en otro país (por ejemplo, por familiares que residen en el extranjero) a pesar de la existencia de soluciones nacionales.

Considerando el principio del interés superior y tomando en cuenta las necesidades individuales de cada niño o niña, este documento pretende promover este enfoque en dos niveles del principio de subsidiariedad, examinando el espíritu de la redacción de las normas internacionales (Sección 1), ofreciendo ejemplos de legislación y jurisprudencia (Sección 2), e identificando prácticas prometedoras (Sección 3) que reflejan el principio.

Es fundamental que las leyes, las políticas y las prácticas dirigidas al cumplimiento del principio de subsidiariedad sean genuinas, eficaces y no se limiten simplemente a defender de palabra al principio. Por ejemplo, la pobreza nunca debe ser la única razón para que un niño o niña requiera una AI, lo cual a menudo se menciona en casos de entrega voluntaria. En esta situación, es difícil garantizar el principio de subsidiariedad, puesto que no existen políticas adecuadas de prevención y apoyo a los padres en la crianza. Asimismo, si existe una ley que dispone que un niño o niña debe permanecer en el registro de adopciones por un período de 60 días antes de poder considerarse una AI, es fundamental que se emprendan actividades durante ese período para buscar una solución en el propio país y documentarla, en lugar de tan solo esperar a que transcurra el plazo. Por ello, siempre y cuando sea pertinente, este artículo también analiza cuestiones que deben tenerse en cuenta en cuanto a si el principio de subsidiariedad en verdad se respeta en la práctica.

2 Cabe señalar las complejidades de la aplicación del interés superior del niño en Cantwell, N. (2014). *The best interests of the child in intercountry adoption.* Florencia, Italia: UNICEF, https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/unicef%20best%20interest%20document_web_re-supply.pdf.

## Ilustración: Principio de subsidiariedad

La adopción internacional todavía padece de tenaces prejuicios y no es siempre fácil explicar su sentido real a nuestro entorno o al público en general. Por lo tanto, hemos pensado que sería útil exponer aquí una argumentación muy simple, que permite comprender fácilmente qué se oculta detrás del principio de subsidiariedad. Imaginemos el siguiente diálogo:

Lego: "Pero, ¿por qué es tan complicado adoptar a un niño cuando el mundo está repleto de niños desamparados?"

Experto: "La cuestión consiste, en primer lugar, en saber si estos niños son adoptables, es decir, en que no exista ninguna posibilidad de cuidado en su país. Para aclarar este punto, imagina que tienes dos hijos, y que mueres en un accidente de coche. ¿Qué querrías para tus hijos?"

Lego: "Lo normal sería que se quedaran con su madre."

Experto: "Por supuesto, pero ¿y si la madre también murió en el accidente?"

Lego: "Bueno, pues me gustaría que mis hijos fueran cuidados por la familia: los abuelos o los tíos por ejemplo."

Experto: "Desde luego, pero ¿y si la familia no puede hacerse cargo de ellos, porque no existe o porque no tiene los recursos suficientes?"

Lego: "En ese caso, me gustaría que mis hijos crecieran en su país, en un entorno más o menos familiar, que pudiesen continuar su escolaridad en su idioma materno, etc."

Experto: "¿Ves? Es lo mismo para todos los padres del mundo, así solo debería preverse la AI cuando todas las opciones que has enumerado no fuesen posibles. Eso es el principio de subsidiariedad."

(Diálogo de Aaron Greenberg, véase Boletín Mensual n.° 03-04/2009)

# 1. La redacción histórica del principio de subsidiariedad en el Derecho Internacional[3]

El principio de subsidiariedad está consagrado en la CDN (Artículo 1.1) y en el Convenio de La Haya de 1993 (Artículo 1.2). Ambas normas internacionales establecen el punto de referencia para la necesidad de cumplir con este principio antes de llevar a cabo una AI. Más recientemente, el espíritu del principio de subsidiariedad se ha reflejado en las Directrices de la ONU sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños (Sección 3.1). A pesar de que este instrumento no aborda específicamente la adopción, en varias de sus disposiciones (por ejemplo, párrafos 9, 10, 34b, 38, 117, 132) se evidencia que la prioridad debe ser proporcionar apoyo a las familias en el cuidado de los niños y niñas. Esto comprende apoyo económico, servicios de guardería y de cuidado temporal, de educación, salud, apoyo comunitario y rehabilitación, con el fin de permitir a los niños y niñas permanecer con sus familias de forma prioritaria, y lograr su reintegración duradera si hubieran sido separados.

3 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2007). *Legislative history on the Convention on the Rights of the Child (vol. 2)*. Ginebra, Suiza. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/LegislativeHistorycrc2en.pdf; y van Loon, J.H.A. (1993). *International Co-operation and Protection of Children with regard to Intercountry Adoption*. Dordrecht, Países Bajos: Martinus Nijhoff Publishers.

# 1.1 Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989

Como se mencionó anteriormente, hay dos aspectos del principio de subsidiariedad en la CDN. En primer lugar, la adopción nacional es subsidiaria al mantenimiento o al regreso del niño o niña a su familia de origen, así como a la prevención del abandono, y, en segundo lugar, la AI es subsidiaria a la adopción nacional.

El primer aspecto del principio de subsidiariedad se encuentra, de forma clara, en el primer borrador polaco (1979) –utilizado como fundamento para la CDN– mediante el cual se dio prioridad a garantizar que "*un niño, siempre que sea posible, debe crecer bajo el cuidado y la responsabilidad de sus padres*" (antiguo Art. VI). Esta idea se modificó en el Preámbulo de la CDN, el cual señala que "*convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad*".

Mientras que la cuestión de la adopción estaba prevista en el primer borrador polaco revisado (1979) de la CDN, no había mención del segundo aspecto del principio de subsidiariedad en el texto[4]. El segundo aspecto, según el cual la AI es subsidiaria a la adopción nacional, no fue mencionado en ninguna propuesta de ningún Estado, ni ONG, en los Grupos de Trabajo para la CDN en 1981, 1982, 1983 ni 1985. En 1986, la Asamblea General adoptó la *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional* (Declaración de la ONU de 1986)[5]. Es interesante que el artículo 17 de la Declaración de la ONU de 1986 haga referencia al segundo aspecto del principio de subsidiariedad, disponiendo que "*cuando no sea factible colocar a un niño en un hogar de guarda o darlo en adopción a una familia adoptiva, o cuando el niño no pueda ser cuidado adecuadamente en su país de origen, podrá considerarse la adopción en otro país como forma alternativa de proporcionarle una familia*". En la revisión técnica de la CDN en 1988, UNICEF sugirió que el borrador del artículo de la CDN sobre adopción debía tomar en cuenta la Declaración de la ONU de 1986 y, en particular, el principio de subsidiariedad.

En consecuencia, las propuestas para incluir el principio de subsidiariedad en la CDN, provenientes de los Países Bajos y de una reunión latinoamericana, fueron presentadas en la segunda lectura en 1988-1989. El texto fue aceptado por el grupo de redacción en los siguientes términos: "*la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que este no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen*" (texto actual del artículo 21(b) de la CDN). Para reforzar este principio, Brasil y Canadá propusieron incluir una cláusula adicional acerca de la necesidad de continuidad en la educación del niño o niña, la cual actualmente constituye el artículo 20(c) de la CDN.

4 En el primer proyecto polaco de la Convención (1978) no se mencionó la cuestión de la adopción y fueron Barbados y Colombia los que sugirieron incluirla.

5 Véase: https://www.oas.org/dil/esp/Declaración%20sobre%20los%20Principios%20Sociales%20y%20Jur%C3%ADdicos%20relativos%20a%20la%20protección%20y%20el%20bienestar%20de%20los%20niños%20Republica%20Dominicana.pdf.

# 1.2 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

Los trabajos preparatorios para el Convenio de La Haya de 1993 empezaron en junio de 1990, en la Comisión Especial, en la que se plantearon nuevamente debates acerca del principio de subsidiariedad. Las conclusiones de la primera reunión definieron provisionalmente uno de los objetivos en materia de política pública: "*(…) el interés superior del niño o niña es generalmente mejor atendido si este es criado por sus padres o, en su defecto, por una familia de acogida o adoptiva en su país; la adopción internacional es considerada como una solución de naturaleza subsidiaria para garantizar el bienestar del niño o niña (…)*". Durante las reuniones de la Comisión Especial de 1990, 1991 y 1992, el principal aspecto de la subsidiariedad que se abordó fue si el artículo 21(b) podría -pero no necesariamente debería- interpretarse como significando que las soluciones nacionales no permanentes para el cuidado de los niños y niñas, como el acogimiento familiar o el acogimiento en instituciones, deberían ser preferibles a la AI.

En este contexto, el Preámbulo del Convenio de La Haya de 1993 fue redactado para recalcar las **ventajas de una solución permanente** para el niño o niña, en primer lugar, en su Estado de origen, y luego en el extranjero, lo cual se amplió en el artículo 4(b) del Convenio de La Haya de 1993, señalando que "*las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen: (…) han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño*".

**A raíz de la ligera diferencia entre las perspectivas de la CDN y del Convenio de La Haya, han surgido debates que han ocasionado opiniones polarizadas acerca del rol de la AI. A continuación se presenta un resumen de dos de estos debates.**

# 1.3 Debate actual 1 – El principio de subsidiariedad, tal y como se plantea en el Convenio de La Haya de 1993, ¿entra en conflicto con la CDN?

Se ha argumentado que la CDN señala que las AI deberían ser el último recurso, y que el Convenio de La Haya de 1993 adopta un punto de vista más amplio, con un énfasis en la importancia de que la solución sea permanente. Podría argumentarse que un mayor enfoque en los derechos del niño o niña no promovería un discurso tan categórico respecto del último recurso. En la implementación efectiva del principio de subsidiariedad no solo se trata de garantizar, en papel, que todas las leyes y políticas nacionales sean respetadas antes de considerar una AI. Más importante, concebir a la AI como de último recurso, desalienta adoptar un enfoque individualizado para cada niño o niña y precisar cuál es la medida más adecuada para él o ella. Los enfoques rígidos se alejan de las realidades desafiantes, como, por ejemplo, qué esfuerzos reales se llevan a cabo para buscar a la familia de origen en casos de abandono, qué apoyo se proporciona a los padres para permitirles cuidar a su hijo o hija, los fracasos sistémicos en el sistema de protección a la niñez, etc.

La AI puede considerarse cuando existe evidencia de que un niño o niña no puede ser cuidado "de manera idónea" en su EO. La AI puede ser una medida de protección a la niñez entre muchas otras. La determinación de la idoneidad, en principio, empieza con la valoración del cuidado en la familia de origen, hasta opciones en ámbitos familiares, y debería seguir, siempre y cuando sea necesario, hasta que se determine la solución más idónea para el niño o niña. El proceso de valoración requerirá una comparación muy minuciosa de las ventajas y desventajas, en particular, cuando las únicas dos opciones realistas son en grandes centros de acogimiento residencial y la AI. Esta valoración debe incluir, por ejemplo, una evaluación detallada de la capacidad de los FPA de cuidar de las necesidades únicas del niño o niña, en particular de si han tenido preparación y apoyo adecuados. Una evaluación exhaustiva también debería incluir un análisis de la calidad del cuidado recibido en la institución, por ejemplo, la proporción entre el personal y el número de niños y niñas y las relaciones con otros niños y niñas. Este enfoque también garantizará que el niño o niña sea capaz de participar eficazmente en la toma de decisiones. Además, la AI puede ser considerada y priorizada ante soluciones nacionales, como puede ser el caso en las adopciones por familiares, cuando el niño o niña tiene una relación previa o cuando tiene una necesidad médica urgente, siempre y cuando se considere que atiende a su interés superior.

**En la práctica, la debida consideración al principio de subsidiariedad dependerá de las necesidades individuales de cada niño o niña, y su interés superior será la consideración primordial. Los debates deberían alejarse de la cuestión del último recurso hacia la determinación de la solución que atienda al interés superior de cada niño o niña[6].**

6 Comité de los Derechos del Niño. Observación General n.° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en; ACNUR (2008). *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño.* Ginebra, Suiza, http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4d9410042 (cabe señalar que estas Directrices están en proceso de revisión y actualización); Cantwell, N. (2014). *The best interests of the child in intercountry adoption.* Florencia, Italia: UNICEF, https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/unicef%20best%20interest%20document_web_re-supply.pdf.

## 1.4 Debate actual 2 – ¿El principio de subsidiariedad es igualmente aplicable a los Estados de recepción?

La forma clásica de interpretar el principio de subsidiariedad es basarse en el texto estricto de la CDN y del Convenio de La Haya de 1993. Ambos instrumentos describen el principio de subsidiariedad como la obligación del país de agotar las soluciones nacionales y de promover la continuidad en la crianza del niño o niña antes de llevar a cabo una AI. Las actas de las sesiones de redacción demuestran que los Estados Partes, UNICEF y las ONG impusieron las obligaciones del principio de subsidiariedad, fundamentalmente, en los Estados de origen, y no tuvieron en cuenta a los Estados de recepción.

Esta omisión no significa que el principio de subsidiariedad únicamente deba ser respetado por los Estados de origen, puesto que el Derecho Internacional es aplicable a todos los países, sean de origen o de recepción. En sus Observaciones Finales a México en 1994, el Comité de los Derechos del Niño (Comité CDN) interpretó el principio de subsidiariedad con el significado de que "*la adopción internacional debería considerarse a la luz del artículo 21, es decir, como último recurso*". No obstante, más recientemente, UNICEF y la *Guía de Buenas Prácticas N° 1* de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado han señalado que el acogimiento institucional es menos conveniente que la AI. Además, en sus Observaciones Finales a la Federación de Rusia en 2005, el Comité manifestó que los "Estados Partes deberían elaborar e implementar medidas para promover la adopción nacional". Es posible encontrar más orientaciones de Vité y Boéchat (2008), quienes sugieren que un aspecto del principio de subsidiariedad radica en la necesidad de

continuidad en la educación del niño (Art. 20(3) de la CDN), lo cual es coherente con la intención de los autores originales[7].

Se observa una ilustración clara del principio de subsidiariedad en la recomendación del Comité de los Derechos del Niño a los EE. UU. -EO y ER- en 2008:

> "31. A fin de fortalecer las medidas contra la venta de niños con fines de adopción, el Comité recomienda al Estado parte que: (…)
>
> (f) Aplique efectivamente el principio de la subsidiariedad consagrado en el artículo 303 a) 1) B) de la Ley de adopción internacional de 2000, a fin de garantizar que los niños estadounidenses sean adoptados primordialmente en los Estados Unidos".

**Puesto que los principios en la CDN y el Convenio de La Haya de 1993 son aplicables a todos los países sin distinción entre Estados de origen o de recepción, las obligaciones de establecer "*soluciones nacionales idóneas, entre ellas la adopción*", promoviendo la permanencia y tomando en cuenta la continuidad en la educación del niño o niña, son aplicables tanto a los Estados de origen como a los de recepción[8].**

7 Vité, S. y Boéchat, H. (2008). *Article 21: Adoption*. Parte de la serie: *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Países Bajos: Martinus Nijhoff Publishers. Disponible en: https://brill.com/view/title/11637.

8 Véanse el Boletín Mensual del SSI/CIR n.° 03-04/2009 sobre el principio de subsidiariedad y el Boletín Mensual del SSI/CIR n.° 4/2016; disponible en: http://www.iss-ssi.org/images/editorial-monthly-review/Editorials_eng/2016/Edito_201April_2016.pdf.

## 2. Marcos normativos nacionales orientados al respeto del principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad debería establecerse con claridad en las leyes, políticas y prácticas nacionales de todo país que esté evaluando medidas de protección de la infancia, como la adopción o las medidas previstas en el Convenio de La Haya de 1996, como la *kafala*. Existe considerable flexibilidad en relación con la manera mediante la cual los países incorporan el principio, como dar prioridad a las adopciones nacionales, establecer plazos y utilizar el término de "último recurso". Desafortunadamente, en muchos países, entre ellos Angola, la Mancomunidad de Dominica, el Líbano, Mozambique, Senegal y Suazilandia, las leyes nacionales no esclarecen este principio. Los órganos legislativos deberían modificar esto a la brevedad, lo cual debe ser una prioridad para los países que llevan a cabo AI.

## 2.1 Ejemplos legislativos

A continuación, se presentan algunos ejemplos nacionales, aunque existen muchos otros[9].

### Australia

Si bien se trata de un país mayoritariamente de recepción, existen protecciones para los niños y niñas australianos adoptados en otros países. El artículo 40 de la *NSW Adoption Act 2000* (Ley en materia de Adopción de Nueva Gales del Sur) dispone que "*(1)(b) Un niño o niña que reside o tiene su domicilio en el Estado no debe ser adoptado en un lugar fuera de Australia, excepto si el Director General determina que no puede encontrarse una familia idónea para adoptar o cuidarlo en Australia, entre otras condiciones*".

### Benín

La AI únicamente está autorizada si la protección del niño o niña no puede garantizarse a nivel nacional, de acuerdo con el artículo 101 del Código de la Niñez.

### Bolivia

La adopción nacional será prioritaria ante la AI, según el Reglamento para la implementación del Artículo 98 del Código de la Niñez y Adolescencia, Ley N° 548 de 2014.

### China

De acuerdo con el artículo 18 de la Ley en materia de Adopción, cuando un niño o niña abandonado es encontrado, la oficina de seguridad pública debe, en primer lugar, intentar localizar a sus padres biológicos. Los departamentos provinciales de asuntos civiles publicarán avisos en los periódicos locales a nivel provincial para buscar a los padres biológicos del niño o niña abandonado. Si ni los padres biológicos ni otros tutores aparecen para solicitar la guarda del niño o niña en un plazo de 60 días a partir de la publicación, el niño o niña es considerado abandonado y puede ser adoptado. El departamento provincial de asuntos civiles de la provincia en

9 El SSI/CIR centraliza la mayor cantidad de información sobre los marcos normativos nacionales y prácticas en términos de políticas de todo el mundo, idealmente en inglés, francés y español, y cuenta con estados de situación de más de 110 países.

la que el niño o niña reside es competente para decidir si una AI atiende a su interés superior. Los departamentos provinciales de asuntos civiles deben garantizar que no es posible una adopción nacional para el niño o niña. Esta decisión es tomada antes de transmitir el informe sobre el niño o niña al *China Centre for Children's Welfare and Adoption* (CCCWA) para una AI. Si una persona entrega a su hijo o hija en adopción después del fallecimiento de su cónyuge, se dará prioridad a los padres de la persona fallecida para cuidar al niño o niña.

## Colombia

Tal y como lo señala el artículo 71 del Código de la Infancia y la Adolescencia, se dará prioridad a las familias colombianas que residen en Colombia o en el extranjero. Efectivamente, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y los organismos autorizados darán prioridad, en igualdad de condiciones, a las solicitudes presentadas por ciudadanos y ciudadanas colombianos, siempre y cuando cumplan con los requisitos señalados en el Código. En la práctica, se requieren mecanismos claros para garantizar esta igualdad de condiciones y que se dé prioridad a la adopción nacional.

## Estados Unidos de América

De acuerdo con la sección 303 de la Ley en materia de Adopción Internacional de 2000 y el Código de Reglamentos Federales 22 (CFR), Parte 96.53/4, un niño o niña únicamente puede ser considerado para una AI después de que la agencia acreditada o la persona aprobada o los FPA que actúen en su propio nombre, entre otras cosas, garanticen que el estudio de antecedentes del niño o niña se haya concluido, y que se hayan llevado a cabo esfuerzos adecuados para encontrar FPA que adopten al niño o niña en los EE. UU. y que, a pesar de estos esfuerzos, el acogimiento del niño o niña en los EE. UU. no sea posible de forma oportuna. Esto debe incluir pruebas, por ejemplo, de la difusión de información sobre el niño o niña y su adoptabilidad mediante recursos impresos, en los medios e Internet, para FPA en los EE. UU., publicando información sobre el niño o niña en un intercambio o registro nacional o estatal de adopción por un período mínimo de 60 días después del nacimiento. No obstante, cabe señalar que existen excepciones a estos requisitos en relación con familiares o en el caso en que los padres biológicos hayan seleccionado a FPA específicos, o en otras circunstancias especiales aceptadas por el tribunal competente del estado. Para dichas excepciones, es importante que se lleve a cabo una asignación interdisciplinaria para garantizar que la adopción realmente atienda al interés superior del niño o niña en cuestión.

## Estonia

La adopción de Estonia a otro país puede tener lugar principalmente si no es posible cuidar al niño o niña de forma idónea en la República de Estonia, de conformidad con el artículo 165 de la Ley en materia de Derecho de Familia.

## Federación de Bosnia y Herzegovina (FBiH)

De acuerdo con el artículo 95 de la Ley en materia de Derecho de Familia de la FBiH, un ciudadano extranjero puede ser padre adoptivo si esto atiende al interés superior del niño o niña, y si el niño o niña no puede ser adoptado en la FBiH. Esto únicamente puede ocurrir si el organismo oficial de la FBiH a cargo de asuntos de protección social ha emitido autorización previa. La delegación de la FBiH en el examen del informe del Estado por el Comité de los Derechos del Niño manifestó que "con arreglo a la Ley de Derecho de Familia, los ciudadanos extranjeros están autorizados a adoptar a un niño o niña de la FBiH cuando ningún ciudadano de la FBiH desea adoptarlo; cuando el niño o niña no puede ser acogido por una familia de acogida; cuando todos los tipos de cuidado han sido agotados; cuando un equipo de expertos ha determinado que la adopción atendería al interés superior del niño o niña, y cuando la adopción ha sido autorizada por una autoridad competente".

El informe del Estado parte al Comité de los Derechos del Niño también señaló que, durante la guerra, y en particular en el período de posguerra, muchos ciudadanos extranjeros, organizaciones internacionales, e incluso otros Estados, contactaron a las autoridades locales con preguntas acerca de la posibilidad de adoptar a niños y niñas de la FBiH. No obstante, dado que el número de niños y niñas que cumplen con los requisitos para su adopción de acuerdo con la legislación es menor al número de solicitudes recibidas de ciudadanos de la FBiH, primero se da prioridad a las solicitudes de ciudadanos de la FBiH .

## Filipinas

La AI es aplicable cuando todas las posibilidades de adopción para el niño o niña de acuerdo con la Ley en materia de Adopción Nacional han sido agotadas, y cuando atienda al interés superior del niño o niña, de conformidad con el artículo III, sección 7 de la Ley en materia de Adopción Internacional.

## Indonesia

Una AI únicamente debe autorizarse como último recurso, de acuerdo con el artículo 39(4) de la Ley en materia de Protección a la Niñez.

## Kazajstán

De acuerdo con el artículo 12.2 de la Ley en materia de Matrimonio y Familia de 1998, la AI está autorizada únicamente si no se encuentra ninguna solución nacional para el niño o niña. La preferencia es dada, en primer lugar, a ciudadanos kazajos que viven en el país, y luego a ciudadanos de Kazajstán que viven en el extranjero.

## Madagascar

La AI únicamente está autorizada si, después de haber debidamente examinado las posibilidades para un acogimiento nacional o una adopción nacional, atiende al interés superior, tal y como lo señala el artículo 32 de la Ley en materia de Adopción.

## República Democrática del Congo

Antes de que un niño o niña pueda ser propuesto para una AI, debe haber pruebas de que se han valorado debidamente soluciones alternativas para el niño o niña en su EO, y que la AI atiende a su interés superior, de conformidad con el artículo 18 de la Ley en materia de Protección a la Niñez de 10 de enero de 2009.

## Rusia

La adopción de un niño o niña debe ser la forma de acogimiento prioritaria para los niños y niñas que se han quedado sin cuidados parentales. La adopción de niños y niñas por ciudadanos extranjeros se admite únicamente en aquellos casos en los que es imposible dar a estos niños y niñas una familia de ciudadanos rusos que residan de manera permanente en el territorio de Rusia, o confiarlos en adopción a familiares de los niños y niñas, independientemente de su ciudadanía y lugar de residencia, de acuerdo con los artículos 124.1 y 124.4 del Código de Derecho de Familia.

## Serbia

Un ciudadano extranjero puede adoptar a un niño o niña en las siguientes circunstancias: cuando un adoptante no puede ser encontrado entre los ciudadanos nacionales, después de haber estado registrado en el registro unificado personalizado de adopción por al menos un año, y cuando el Ministro de Bienestar Familiar consiente la adopción. Una excepción para este período de un año es si la adopción atiende al interés superior del niño o niña, tal y como se señala en el artículo 103 (1) (2) (3) de la Ley de Derecho de Familia.

## 2.2 Ejemplos de jurisprudencia nacional

Los siguientes son dos ejemplos de jurisprudencia nacional, en los que se promovió el principio de subsidiariedad. Cabe señalar que el principio también ha sido promovido en jurisprudencia regional, por ejemplo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3.2):

### India

En su sentencia histórica en el caso de *Kashmir Kant Pandey c. Union of India* de 1984[10], la Suprema Corte de la India determinó que debía darse preferencia a hogares en India para todo niño o niña huérfano antes de considerar a la AI como una opción. La demanda fue presentada por Lashmi Kant Pandey, un abogado de la Suprema Corte que quería alertar al poder judicial de prácticas fraudulentas e ilegalidades en el ámbito de la AI. El abogado solicitó al Gobierno llevar a cabo investigaciones y establecer normas adecuadas para determinar cuándo sería apropiado que los niños y niñas indios fueran adoptados por extranjeros. Esta decisión refleja un enfoque revolucionario en materia de AI, al evocar implícitamente al principio de subsidiariedad, casi una década antes de establecerse en la CDN y en el Convenio de La Haya de 1993.

### Indonesia

La Suprema Corte, mediante su Circular n.° 6 de 1993 y la Circular n.° 4 de 1989, hizo énfasis en que la AI debe ser *ultinum remidium*, o de último recurso, después de agotar todos los esfuerzos para encontrar FPA entre los ciudadanos indonesios, y en que la adopción exige una decisión judicial[11].

10 Véase: https://www.escr-net.org/sites/default/files/caselaw/lakshmi_kant_pandey_vs_union_of_india_on_6_february_1984.pdf.
11 Véase: https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crc/documents/info/ai-indonesia-2.pdf, pág. 39.

## 2.3 Contexto y consecuencias de la aplicación del principio de subsidiariedad

Es importante señalar el contexto en el que muchas de estas leyes de adopción fueron elaboradas (Sección 2.1). Tal y como sabemos, las AI se desarrollaron en numerosos países, en particular de origen, que no contaban con el principio de subsidiariedad en sus marcos de protección a la niñez. Con la incorporación de la CDN, el Convenio de La Haya de 1993 y las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños (Sección 3.1), los países progresivamente fueron incluyendo el principio en sus leyes, políticas y prácticas. En consecuencia, los países mejoraron el marco de protección a la niñez, realizaron reformas en materia de modalidades alternativas de cuidado y promovieron las adopciones nacionales (es decir que respetaron el principio de subsidiariedad). Un resultado lógico de estas medidas fue la disminución de las AI. Esto pudo observarse en países como Brasil, Chile, Colombia, India y Perú. En particular, las adopciones nacionales han ido aumentando de manera proporcional a la disminución en las AI.

Por lo tanto, **mientras los países, tanto de recepción como de origen, adoptan medidas reales y eficaces para respetar mejor el principio de subsidiariedad, no es sorprendente observar que hay menos niños y niñas que requieren una AI.** Deberían adoptarse medidas para que los niños y niñas puedan permanecer con sus propias familias biológicas, cuando ello atienda a su interés superior. Los casos de niños y niñas menores de seis meses, o incluso de menos de un año, adoptados en el extranjero deberían ser la excepción más que la norma. Uno esperaría que si existen FPA nacionales, se les daría prioridad para adoptar a estos niños y niñas. Un indicador de incumplimiento

de este principio es cuando existe un "gran número de bebés sanos" con planes de AI en determinados EO, o cuando ciertos ER únicamente adoptan a bebés sanos.

Otra pregunta surge en relación con el número desproporcionado de niños y niñas de grupos minoritarios (por ejemplo, de origen roma o indígena) que a menudo son declarados adoptables. ¿Cómo puede respetarse el principio de subsidiariedad cuando existe discriminación en el EO y muy pocas opciones idóneas de cuidado? ¿Cómo podemos evitar las adopciones forzadas y, al mismo tiempo, garantizar que los niños y niñas tengan acceso a un acogimiento de calidad?

Por supuesto, el objetivo no es recomendar la abolición de la AI, ni desarrollar un sistema sobreprotectivo en los EO, en el que los niños y niñas permanezcan en instituciones con necesidades de cuidado hasta la edad adulta. Por ejemplo, si bien únicamente un puñado de AI son llevadas a cabo en algunos países, esto no significa siempre que el principio de subsidiariedad sea respetado, y aún menos el principio del interés superior. Puede haber algunas políticas de ayuda a las familias en el cuidado de sus hijos e hijas, y de opciones alternativas para los niños y niñas privados de su familia, como el acogimiento por familiares y el acogimiento familiar, los cuales pueden estar poco desarrollados, manteniendo así al acogimiento institucional como la única opción. En estos países, podría llevarse a cabo una evaluación de los niños y niñas adoptables, en particular aquellos con necesidades especiales que viven en instituciones. Quizás una AI podría ser una solución apropiada de acuerdo con sus leyes nacionales.

En paralelo, deben adoptarse medidas sólidas para que no se derive a niños y niñas innecesariamente a la AI. Resulta problemático que numerosas instituciones con niños y niñas supuestamente adoptables reciban su financiamiento del exterior, de ER. También resulta cuestionable que se utilicen donaciones en relación con las adopciones. Cabe preguntarse si habría tantos niños y niñas en instituciones sin esos incentivos económicos.

**Si bien puede existir una necesidad de suspensión temporal de las AI mientras los países mejoran sus leyes, políticas y prácticas, debe encontrarse un equilibrio para que los niños y niñas no permanezcan en un limbo, ni vivan en centros residenciales de gran escala por un período indefinido.**

# 3. Presentación de algunas prácticas prometedoras

La siguiente sección examina cómo el marco teórico (Sección 1) y las leyes nacionales (Sección 2) relativos al principio de subsidiariedad pueden implementarse, al presentar algunas prácticas prometedoras (Sección 3). A grandes rasgos, esto puede lograrse aplicando las Directrices de las Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños (Sección 3.1), mediante la prevención de la separación familiar (Sección 3.2), la promoción de la reintegración familiar (Sección 3.3), defendiendo la continuidad en la educación del niño o niña (Sección 3.4), promoviendo la adopción nacional (Sección 3.5), y facilitando la cooperación (Sección 3.6). Pueden existir otras prácticas prometedoras y esta selección, de ninguna manera, pretende ser una lista exhaustiva.

# 3.1 Directrices de las Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños

Las Directrices de la ONU especifican los derechos de la CDN, la cual promueve soluciones permanentes (arts. 20 y 21), como el acogimiento en familia y comunitario, en lugar del acogimiento de largo plazo en grandes instituciones residenciales. Las Directrices de la ONU abordan la importancia de prevenir la necesidad de acogimiento, y analizan cómo proporcionar acogimiento idóneo, siempre y cuando este sea necesario. Las Directrices de la ONU también abordan los distintos tipos de soluciones nacionales que pueden desarrollarse, lo cual refleja la primera parte del principio de subsidiariedad (véase la introducción). Cabe mencionar que las Directrices de la ONU no son directamente aplicables a las adopciones, pues esta no es una forma de "acogimiento alternativo". La adopción es una medida familiar permanente, en la que se crea un vínculo de filiación, y, por ende, una vez que un niño o niña es adoptado, las leyes en materia de familia serán aplicables. No obstante, los principios de las Directrices de la ONU abarcan el primer nivel del principio de subsidiariedad (véase la introducción) aplicable a los niños y niñas que luego serán adoptados, puesto que, en general, hay un periodo entre la declaración de "adoptabilidad" y la adopción. Los niños y niñas se beneficiarán de la protección de las Directrices de la ONU durante este período.

En términos generales, los países deben adoptar estrategias activas para implementar las Directrices de la ONU, para lo cual se han desarrollado varios recursos, como:

- el manual *Avanzando en la Implementación de las 'Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños'* (con varias prácticas prometedoras), *https://www.alternativecareguidelines.org/Inicio/tabid/2394/language/es-ES/Default.aspx*;
- el Curso Masivo Abierto En-línea (MOOC) *Asegurar un cuidado adecuado para todos los niños: Implementando las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños de la ONU*, *http://www.alternativecaremooc.com/index.php/es/*;
- la sección de promoción de la página web del SSI, *http://www.iss-ssi.org/index.php/en/advocacy*.

## 3.2 La prevención de la separación familiar – Parte IV de las Directrices de la ONU

Con el fin de respetar el principio de subsidiariedad, debería darse prioridad a que los niños y niñas puedan vivir con sus familias de origen, y a que los padres sean apoyados en su rol de crianza. Esto incluye el acceso tanto a servicios básicos como a servicios focalizados, respectivamente los niveles primario y secundario de la prevención, de acuerdo con lo señalado en *Avanzando en la implementación* (Sección 3.1). En general, deben invertirse recursos económicos y humanos para:

- el acceso gratuito al registro de nacimientos;
- el acceso a una educación y servicios sanitarios de calidad;
- servicios de apoyo psicosocial o apoyo económico para madres y padres o familias con dificultades;
- el diálogo social con la familia ampliada, como los abuelos, tíos y tías, para que ayuden en la prevención del abandono;
- la capacitación en materia de parentalidad, con sensibilización acerca del rol del padre;
- la concientización respecto de las necesidades y los derechos de los niños y niñas;
- una educación sexual y planeación familiar conscientes y responsables;
- la promoción y defensa de los derechos de las mujeres;
- ingresos justos y acceso al empleo;
- la reducción de los desequilibrios económicos en el mundo; etc.

También es importante garantizar que las prácticas orientadas a la prevención de la separación familiar sean accesibles en términos de información, costos y ubicación. Por ejemplo, tiene poco sentido ofrecer asistencia familiar a una madre soltera con cuatro hijos que vive en un área rural,

si solo puede accederse a la asistencia en una oficina urbana mediante entrevista personal. Deberían explorarse canales innovadores para mejorar dicha accesibilidad, por ejemplo, con un sistema de rotación de prestadores de servicios que lleguen a áreas remotas.

## Práctica prometedora: Recomendación del Comité de los Derechos del Niño a Francia en 2009[12]

El Comité de los Derechos del Niño atribuye gran importancia a la necesidad de prevenir la separación del niño o niña de sus padres, en particular cuando hay circunstancias económicas difíciles que son una de las causas de esta situación:

"65. El Comité´ también expresa preocupación por el nuevo proyecto de ley del Estado parte sobre la adopción, que permite la adopción nacional de niños en situación de abandono parental, siempre que se haya obtenido de los servicios sociales una declaración de abandono familiar. Preocupa particularmente al Comité´ que este proyecto de ley, una vez promulgado, encierre el riesgo de separar definitivamente de su entorno familiar a esos niños, especialmente los procedentes de familias de bajos ingresos y familias que viven en la pobreza.

66. El Comité´ recomienda que en este proyecto de ley sobre la adopción se tenga seriamente en cuenta el derecho del niño a no ser separado de su familia (art. 9), así´ como los cuatro principios generales de la Convención (arts. 2, 3, 6 y 12). También deberían cumplirse plenamente las disposiciones del artículo 21 de la Convención".

## Práctica prometedora: Recomendación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la República Checa en 2006[13]

En la República Checa, el acogimiento de niños y niñas en instituciones se debe, principalmente, a las condiciones socio-económicas, más que por considerarse un verdadero riesgo para el niño o niña permanecer con su familia biológica; y más de 18% de estos niños y niñas tienen alguna discapacidad. Esta situación ha sido condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de *Wallová y Walla c. República Checa*. En el contexto de la consideración, por parte del Tribunal, de las razones presentadas por las autoridades administrativas y judiciales para retirar a los niños a sus padres –es decir, la falta de recursos, de vivienda, y de estabilidad en el empleo–, señaló que estas no eran razones suficientes para justificar una interferencia tan seria en su vida familiar, ni el acogimiento de los niños en instituciones públicas. Además, no estaba claro de los hechos del caso que las autoridades de protección a la niñez hubieran verdaderamente llevado a cabo esfuerzos importantes para apoyar a los padres en la superación de estas dificultades, y en intentar regresar a los niños lo antes posible.

12 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: Francia, CRC/C/FRA/CO/4, 22 de junio de 2009, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fFRA%2fCO%2f4&Lang=en.

13 *Wallová y Walla c. República Checa*, Solicitud n.° 23848/04, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-1820815-1910281&filename=003-1820815-1910281.pdf.

## Práctica prometedora: Las políticas de Ruanda para seguir apoyando a las familias en riesgo en 2018

Hace más de una década, el Gobierno de Ruanda elaboró una Política Nacional para Huérfanos y otros Niños y Niñas Vulnerables[14], en la que se comprometió a implementar políticas y programas para que los niños y niñas en circunstancias difíciles fueran integrados en una comunidad social y económicamente sustentable.

En 2018, el Gobierno de Ruanda sigue ofreciendo apoyo a las familias con dificultades para que los niños y niñas tengan alimentación, vivienda, apoyo sanitario, vestimenta y educación. En particular, las políticas clave para la Estrategia de Protección Social incluyen el incremento de la cobertura de programas de protección social enfocados en la población en extrema pobreza y vulnerabilidad; un enfoque en la pobreza y vulnerabilidad infantil en los hogares más pobres; la construcción de un sector de protección social sustentable, eficaz, eficiente y armonizado; la mitigación de los impactos del cambio climático; y la medición y comunicación de los resultados y el impacto en materia de protección social[15].

14 *National Policy for Orphans and Other Vulnerable Children.* Disponible en: https://www.unicef.org/rwanda/RWA_resources_ovcrwanda.pdf.

15 UNICEF (2018). *Situation Analysis of Children in Rwanda in 2017.* Disponible en: https://www.unicef.org/rwanda/RWA_resources_sitanmain.jpg.pdf, pág. 56.

## 3.3 La promoción de la reintegración familiar – Párrafos 48 a 51 de las Directrices de la ONU

La promoción de la reintegración familiar abarca desde los programas creados para fortalecer y reunificar a las familias, limitando el retiro de los niños y niñas de sus hogares, agilizando el regreso de los niños y niñas a sus hogares desde alguna modalidad de acogimiento alternativo, hasta la provisión de los recursos necesarios para apoyar a las familias de origen. Cuando se evalúa estos programas de reintegración familiar, es fundamental que los niños y niñas no solo sean reunidos con sus familias, sino que la familia sea apoyada con los medios necesarios para que el niño o niña pueda permanecer en un entorno protector y de amor a largo plazo. El objetivo es establecer una solución duradera de calidad con un apoyo adecuado de seguimiento.

Desafortunadamente, algunos programas únicamente se enfocan en soluciones a corto plazo, y no implementan soluciones duraderas de manera adecuada. En otros casos, las áreas rurales sufren de una falta de servicios, y, por tanto, los padres envían a sus hijos e hijas a ciudades más grandes para recibir educación. En estas situaciones, a menudo, hay procedimientos inadecuados para mantener los vínculos con la familia biológica. Por ejemplo, los trabajadores en centros de acogimiento residencial a menudo no tienen la capacidad para alentar la permanencia de las relaciones. En esta situación, hay un riesgo de que los niños y niñas sean adoptados, a pesar de que sus familias no han otorgado su pleno consentimiento informado (por ejemplo, El Arca de Zoé en Chad, la comunidad ruc en Vietnam).

Como una herramienta para apoyar a los trabajadores y brindar orientaciones adicionales, las Directrices sobre la Reintegración de Niños[16], elaboradas en 2016 por un grupo de 14 agencias, proporcionan principios rectores, junto con modelos para el desarrollo de evaluaciones y planes.

16 Delap, E. y Wedge. J. (2016). *Directrices sobre la reintegración de niños, niñas y adolescentes.* Disponibles en: https://www.familyforeverychild.org/wp-content/uploads/2016/08/Spanish_RG_v6_NNA.pdf.

## Práctica prometedora: Camboya – Estrategia para el 30% de reintegración en 2016[17]

Un informe nacional de mapeo en Camboya en 2016 concluyó que había 639 centros de acogimiento residencial en funcionamiento en Camboya. Con base en información aportada por el propio personal de las instituciones, estos centros pudieron categorizarse en cinco tipos: instituciones de acogimiento residencial (406), centros de tránsito y de acogimiento temporal de emergencia (25), centros de acogimiento en pequeños grupos (71), pagodas y otros tipos de acogimiento de tipo confesional en centros religiosos (65) e internados (72). El número total de niños y niñas que vivían en los 639 centros era de 26.187 (48% eran niñas). Además, 9.187 jóvenes entre 18 y 24 años (36% eran mujeres) también vivían en estos 639 centros. Un total de 16.579 niños y niñas (estas últimas representando el 47%) vivían en las 406 instituciones de acogimiento residencial. Con base en el número de habitantes en 2015, esto significa que casi 1 de cada 350 niños y niñas camboyanos viven en una institución de acogimiento residencial. En respuesta a esta situación, el Ministerio de Asuntos Sociales, Veteranos y Rehabilitación de Jóvenes acordó una meta ambiciosa para reintegrar al 30% de los niños y niñas en acogimiento residencial en cinco provincias prioritarias para 2018. Varias ONG están proporcionando servicios de reintegración de forma activa, aunque el trabajo debe seguir para garantizar que los niños y niñas estén preparados y las familias adecuadamente apoyadas por el Estado.

## Práctica prometedora: República Eslovaca – Evaluación sistemática de la situación y asistencia a la familia biológica, establecida en 2005[18]

La República Eslovaca adoptó una nueva ley en materia de familia que ofrece una variedad de opciones de acogimiento alternativo cuando los padres no tiene la guarda del niño o niña, o no pueden asumirla. La protección alternativa, la cual únicamente puede decidirse mediante un proceso judicial, puede tomar la forma de un acogimiento con una persona que no sea ni el padre ni la madre biológica ("acogimiento con tercero"), en una familia de acogida o en una institución. La Ley estipula que el interés superior del niño o niña siempre debe ser prioritario en las decisiones judiciales en el asunto, y que un acogimiento con tercero o en una familia de acogida es preferible a un acogimiento en una institución. Con el fin de implementar este último principio, el acogimiento familiar es promovido gracias a un sistema de incentivos económicos. Además, durante el acogimiento provisional en una modalidad familiar, la aplicación de decisiones y medidas tomadas para mejorar el entorno familiar del niño o niña es valorada de forma sistemática. El Gobierno también prevé medidas económicas, como subsidios de viaje, para facilitar que los padres visiten a su hijo o hija en la familia de acogida, subsidios de alimentación cuando el niño o niña se queda con ellos el fin de semana o en las vacaciones, etc.

17 Con base en una misión de evaluación conjunta en Camboya de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el SSI en 2016 para el fortalecimiento de capacidades.

18 Ley eslovaca en materia de derecho de familia n.° 305/2005.

## 3.4 La promoción de la continuidad en la educación del niño o niña – Párrafos 57, 60, 74 de las Directrices de la ONU

Tal y como se señaló anteriormente (secciones 1.2 y 1.4), la necesidad de continuidad en la educación del niño o niña es una de las justificaciones del principio de subsidiariedad. En particular, la CDN señala que, al momento de considerar las soluciones alternativas para un niño o niña permanentemente privado de su familia, "se *prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico" (art. 20(3))*.

En las adopciones, el cumplimiento con este artículo sería casi imposible sin información sobre los antecedentes del niño o niña previos a su adopción. Por lo tanto, debería recopilarse información acerca del grupo étnico del niño o niña, sus antecedentes religiosos (por ejemplo, creencias locales), culturales (por ejemplo, festividades locales, hábitos de alimentación y costumbres de vestimenta) y lingüísticos (por ejemplo, formas de comunicación a las que esté acostumbrado).

## Práctica prometedora: Las disposiciones legislativas de Australia sobre la continuidad en la educación del niño o niña de 2000

El Gobierno de Nueva Gales del Sur ha velado por que la Ley en materia de Adopción de 2000 (*NSW Adoption Act 2000*) en este territorio sea compatible con el artículo 20(c) de la CDN, al señalar que debe darse la debida consideración a la tradición cultural del niño o niña:

"Sección 32

(1) Al determinar que un niño o niña (que ne sea aborigen o isleño del Estrecho de Torres) sea entregado en adopción, la persona que toma la decisión debe tomar en cuenta la cultura, cualquier discapacidad, idioma o lengua y religión del niño o niña, y el principio de que el nombre otorgado al niño o niña, su identidad, lengua y vínculos culturales y religiosos deberían preservarse, en la medida de lo posible.

(2) Sin restringir los asuntos que pueden tomarse en cuenta, la persona que toma la decisión debe tener en cuenta si un futuro padre o madre adoptiva de tradición cultural distinta a la del niño o niña ha demostrado lo siguiente:

(a) su capacidad para asistir al niño o niña en el desarrollo de una identidad cultural sana y positiva,

(b) sus conocimientos o voluntad para aprender acerca de la tradición cultural del niño o niña y enseñársela,

(c) su voluntad para fomentar vínculos con esta tradición en la educación del niño o niña,

(d) su capacidad para ayudar al niño o niña cuando este se enfrente al racismo o a la discriminación en la escuela o la comunidad más amplia."

En la práctica, se cumple con lo establecido en esta sección en la medida en la que las cuestiones culturales son evaluadas por el Asesor Contratado en materia de Adopción (CAA), cuando este evalúa la idoneidad de una familia para adoptar según las directrices pertinentes.

## Práctica prometedora: Sudáfrica da prioridad a la inversión en comunidades pobres en la legislación de 2005[19]

La Ley en materia de Niñez 38/2005 incorpora cambios en el énfasis de los servicios de bienestar social, alejándose de la caridad y acercándose a una obligación del Estado a la que los niños y niñas tienen un derecho constitucional (art. 4 de la CDN). Existe una preferencia en que el gasto se dirija a comunidades pobres, niños y niñas con discapacidad, así como programas de apoyo para hogares encabezados por niños y niñas, y en nuevos programas de acogimiento familiar en grupos. Esta innovación, conocida como "acogimiento familiar en grupos", ofrece acogimiento a los niños y niñas en familias de acogida, y es administrada por organizaciones sin fines de lucro. El acogimiento familiar en grupos utiliza los subsidios para el acogimiento familiar para establecer un entorno de tipo familiar, en el cual un máximo de seis niños y niñas permanecen en una casa en la comunidad con una madre para el hogar. Los niños y niñas reciben atención individualizada, terapia intensiva, planes individualizados de desarrollo exhaustivos, así como servicios de supervisión y reunificación. El valor del esquema de acogimiento familiar en grupos es que los niños y niñas pueden permanecer en sus comunidades con una buena relación costo-eficacia. Además, las disposiciones legislativas complementan las políticas públicas, como el Marco de Políticas para los Niños y Niñas Huérfanos y Vulnerables, así como la Constitución (sección 28), la Ley en materia de Niñez 74/1983 y la nueva Ley en materia de Niñez 38/2005. La Ley en materia de Asistencia Social de 1998 ofrece un marco reglamentario para los subsidios de asistencia social, entre ellos los subsidios para el apoyo a los niños y niñas, el acogimiento familiar y la dependencia de cuidado. En octubre de 2008, había ocho millones de niños y niñas beneficiarios del subsidio de apoyo.

19 Campaña de acogimiento familiar de 2008 y nota de prensa sobre los niños y niñas huérfanos y vulnerables en Sudáfrica, 27 de octubre de 2008, https://www.slideserve.com/bendek/media-briefing-on-orphans-and-vulnerable-children-in-south-africa-presentation-by-director-child-protection-ms-m-ngcobo-mbere-27-october-2008; Jamieson, L. y Proudlock P. (2007). *Children's Amendment Bill Progress Update* de 29 de junio de 2007. Ciudad del Cabo, Sudáfrica. Children's Institute, Universidad de la Ciudad del Cabo y sitio web de información del Gobierno de Sudáfrica.

# 3.5 La promoción de las adopciones nacionales

Hay varias maneras de fomentar la adopción nacional como el segundo nivel del principio de subsidiariedad, de conformidad con lo mencionado en la introducción. En la práctica, esto puede facilitarse mediante la creación de una registro centralizado de adopción (Sección 3.5.1), la sensibilización acerca de las necesidades de los niños y niñas en el país (Sección 3.5.2), el apoyo proporcionado a las familias para adoptar (Sección 3.5.3) y la preparación de los FPA a nivel nacional (Sección 3.5.4).

## 3.5.1 Un registro centralizado de adopción para facilitar la asignación de niños y niñas con futuros padres adoptivos a nivel regional

Es esencial establecer un registro nacional de niños y niñas para quienes se esté contemplando una adopción, en el cual consten los datos de todos los FPA, nacionales e internacionales. Un registro nacional facilitará el proceso de asignación, al ayudar a evitar situaciones en las que el número de FPA en una región específica esté excediendo el número de niños y niñas con necesidad de adopción en la misma. El contar con un registro de FPA a nivel nacional permitiría, por tanto, a las autoridades nacionales responder mejor a los candidatos adoptantes nacionales en otras regiones en las que exista una mayor demanda. Un registro puede claramente promover la adopción nacional, y únicamente si no hay FPA nacionales disponibles, debería entonces registrarse la necesidad de un plan de AI para estos niños y niñas.

El acceso a este registro debería limitarse a los profesionales en la AC a cargo de la asignación, con el fin de evitar el problema de que los FPA, así como los OAA, pudieran seleccionar al niño o niña que mejor corresponda a sus deseos. Un registro de este tipo debería brindar a la AC la información necesaria para evaluar el número de OAA que deberían ser autorizados en un país en particular, evitando así cualquier competencia entre ellos.

## Práctica prometedora: Brasil y sus cuatro niveles de subsidiariedad con asignación regional

En Brasil, existen cuatro niveles de subsidiariedad. La Ley 13-105 establece que mantener o reintegrar al niño o niña a su familia será la primera opción. La adopción es una medida irrevocable y excepcional, la cual únicamente debería determinarse cuando todas las demás medidas para mantener al niño, niña o adolescente en su familia biológica o ampliada hayan sido agotadas (Ley n.° 12.010 de 2009, art. 25). A raíz de ello, la adopción de niños y niñas en su estado de residencia es fomentada, seguida por los intentos al interior de Brasil (entre estados), y luego por los esfuerzos entre parejas brasileras que viven en el extranjero, y, por último, con familias extranjeras.

En la práctica, las AC de los estados (CEJAI) están a cargo de mantener, en cada estado, condado o jurisdicción, un registro de niños, niñas y adolescentes adoptables, así como de personas y parejas autorizadas para adoptar. También tienen la responsabilidad de mantener e ingresar correctamente los datos en el registro, con su posterior notificación a la AC Federal de Brasil (registro a nivel nacional). Las AC Federal y de los estados cuentan con un acceso amplio a los registros, y están a cargo del intercambio de información y de la cooperación para mejorar el sistema.

La oficina del Fiscal General otorga su consentimiento para el registro de niños, niñas, adolescentes y FPA, y está a cargo de supervisar/controlar su ingreso correcto al registro y de la notificación a los FPA. Para más información sobre aquellas situaciones, en las que no se otorga el registro, véase el artículo 20 del Estatuto del Niño y del Adolescente.

## Práctica prometedora: Bielorrusia, Sudáfrica y Ucrania cuentan con un período mínimo de ingreso en el registro antes de poder considerarse una adopción internacional

Además de contar con un registro, es útil contar con un plazo mínimo durante el cual el niño o niña es ingresado al mismo antes de poder ser considerado para una AI. Este plazo mínimo ofrece a las autoridades locales un plazo límite para encontrar una familia a nivel nacional, y garantiza que el niño o niña no esté esperando durante un tiempo indefinido. Este plazo puede variar, dependiendo de las necesidades de cada país, y ser flexible en algunos casos. Por ejemplo, en Sudáfrica, el niño o niña debe permanecer en el registro durante 60 días[20], mientras que se fijó en 12 meses en Bielorrusia[21] y Ucrania[22].

Incluso cuando se establecen estos registros con plazos, es importante que se emprendan actividades genuinas y eficaces durante los períodos de espera para encontrar soluciones nacionales. El propósito de contar con tal plazo de espera se convierte en superfluo si no existen recursos para encontrar una solución nacional para el niño o niña. También cabe mencionar que, quizás, un período de espera de un año puede considerarse demasiado largo, en particular para los niños y niñas con necesidades especiales particulares.

20 Secciones 261 y 262 de la Ley sobre Niñez de 2005.

21 Art. 233, Capítulo 12 del Código del Matrimonio y de Familia, Párrafos 10 a 12 del Reglamento sobre adopción internacional y el establecimiento de la tutela internacional y la guarda de niños y niñas, aprobado por el Consejo de Ministros el 31 de enero de 2007, n.° 122.

22 Arts. 213 y 283 del Código de Familia y 24-7 de la Ley sobre Protección a la Niñez.

### Práctica prometedora: Venezuela – El registro obligatorio de las gestiones para encontrar una solución local para el niño o niña

Los niños, niñas y adolescentes con residencia habitual en Venezuela únicamente podrán considerarse adoptables internacionalmente cuando los organismos competentes hayan examinado minuciosamente todas las posibilidades para su adopción en Venezuela y hayan concluido que la AI atiende a su interés superior. La evidencia de las acciones llevadas a cabo de conformidad con este artículo será ingresada al expediente correspondiente (art. 445 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente). Esta práctica es positiva puesto que existe un registro de las gestiones emprendidas para buscar una solución para el niño o niña en su expediente, y podría utilizarse más adelante para explicar al niño o niña por qué no permaneció en Venezuela.

## 3.5.2 La sensibilización acerca de las necesidades de los niños y niñas

Hay distintas maneras de sensibilizar acerca de las necesidades de los niños y niñas ante la población del EO. Esto puede ser mediante Internet, como con *AdoptUSKids*, o programas de televisión, como *Find me a family* en el Reino Unido[23] -aunque debe decirse que efectivamente se plantean preguntas relativas a la privacidad del niño o niña y cuestiones éticas en torno al uso de estos medios-.

Sin embargo, el público en general puede familiarizarse con las necesidades de estos niños y niñas a través de campañas iniciadas por el Gobierno, como, por ejemplo, en Guatemala, y por la sociedad civil, como en Uganda (véase a continuación).

Cabe mencionar que las gestiones para sensibilizar, en la práctica, pueden ser artificiales y únicamente defender de palabra al principio de subsidiariedad. Por ejemplo, se ha observado que los requisitos normativos para buscar los familiares de un niño o niña pueden exigir la publicación de los datos del niño o niña en un boletín del gobierno. Este tipo de publicación raras veces será leído por la población, y aún menos por las familias con antecedentes complejos. Otros gobiernos requieren la publicación del nombre del niño o niña en tres ocasiones en la televisión. No obstante, en algunos casos, esto generalmente no ocurre en los segmentos de mayor audiencia, y es aún menos accesible para las familias que viven en situación de pobreza. Las gestiones de sensibilización deben llevarse a cabo de manera que sean compatibles con los estilos de vida de la población en el país y efectivos en el contexto nacional.

### Práctica prometedora: Uganda – La campaña *Ugandans Adopt*

Muchos Estados han logrado incrementar el número de adopciones nacionales, explicando con claridad el significado de la adopción al público en general, y haciendo que la adopción sea sin costo. La estrategia para promover la adopción debe tener objetivos claros, grupos meta y actividades planeadas. La promoción debe llevarse a cabo tanto a nivel local como nacional, así como a nivel regional. La campaña *Ugandans Adopt* (*http://ugandansadopt.ug/*) ha sido lanzada en los últimos años mediante un uso activo de las redes sociales.

23 Véase, por ejemplo, el primer episodio en: https://www.youtube.com/watch?v=t9652R_JPRw.

### 3.5.3 El apoyo proporcionado a las familias en el país de origen para la adopción de niños y niñas

Existe una variedad de opciones para apoyar a los FPA nacionales para que cuenten con la capacidad para convertirse en padres adoptivos, como a través de mejores condiciones de empleo y ayudas económicas.

#### Práctica prometedora: Licencia para las adopciones nacionales e internacionales[24]

Varios países ofrecen un claro apoyo a los padres adoptivos. La licencia parental para la adopción es uno de los medios que permite a uno de los padres (o ambos) permanecer con el niño o niña adoptado para avanzar en el proceso. Este tipo de licencia refleja el espíritu de los artículos 4 y 18 de la CDN y 9(c) del Convenio de La Haya de 1993, los cuales obligan a los Estados a asistir a los padres en la educación de sus hijos e hijas y a garantizar su bienestar, y, en el caso más específico de la adopción, a apoyarles eficazmente después de la llegada del niño o niña a la familia.

Sea en términos de duración, compensación económica, las condiciones otorgadas, la preservación de algunos derechos (licencia remunerada, contribuciones a la pensión, etc.) o el número y la edad de los niños y niñas, los sistemas de licencia parental son más o menos generosos dependiendo del ER e incluso en un mismo país en el caso de los Estados federales. En la mayoría de los casos, la licencia es otorgada a los trabajadores asalariados, pero su alcance puede variar dependiendo de la antigüedad; las asignaciones pueden variar considerablemente de un Estado a otro, y a menudo se establece un límite sobre el ingreso. Su duración varía entre aproximadamente un año o incluso más, remunerado generosamente en países como Canadá (Quebec), Noruega y Suecia, y tres meses o incluso menos, a veces no remunerado o poco remunerado, en países como los Países Bajos, los EE. UU., etc.

#### Práctica prometedora: Estados Unidos de América – Incentivos económicos para adoptar a niños y niñas con necesidades especiales, bonificaciones fiscales relacionadas con la adopción, etc.

La última reforma legislativa firmada por el Presidente el 7 de octubre de 2008, conocida como el *H.R. 6893 Fostering Connections to Success and Increasing Adoptions Act of 2008*, fue acogida como una práctica prometedora para promover un mayor número de adopciones nacionales. La ley, entre otros mecanismos innovadores, contiene disposiciones de asistencia para la adopción intrafamiliar, promueve la adopción de niños y niñas con necesidades especiales, bonificaciones fiscales relacionadas con la adopción, y asignaciones para conectar a la familia.

24 Véase el Boletín Mensual del SSI/CIR n.° 9/2008.

### 3.5.4 La preparación de los futuros padres adoptivos para que consideren una adopción nacional y la provisión de apoyo posterior

Para promover eficazmente las adopciones nacionales, los FPA nacionales deberían ser preparados adecuadamente.

**Práctica prometedora: Guatemala – La preparación de los futuros padres adoptivos nacionales**

Se están llevando a cabo reformas para que, cuando se reanuden las AI, estas sean llevadas a cabo de conformidad con un nuevo régimen y sean verdaderamente subsidiarias. La promoción de la adopción nacional se está centrando en la "convocatoria" de familias adoptivas guatemaltecas, a través de una serie de anuncios en televisión y radio, así como un programa especial de televisión de una hora (el programa refleja bastante bien el antiguo sistema en comparación con el nuevo sistema, además del apoyo a las madres biológicas, y el enfoque en la adopción nacional), además de reuniones informativas para FPA ampliándose a todo el país.

La AC en Guatemala ha desarrollado un paquete de capacitación para apoyar y preparar a los FPA. Las actividades varían desde una lista muy objetiva de requisitos hasta un poema sobre la parentalidad que se usa como herramienta de reflexión. Con base en las directrices profesionales internas, los talleres de preparación incluyen, entre otros elementos:

- información sobre la realidad de la adopción en Guatemala, en especial el perfil y la situación de los niños y niñas adoptables y sus posibles antecedentes (en particular el abandono), incluso históricamente;
- una explicación del proceso de adopción, en particular de la asignación (no una selección de los candidatos, sino la intervención de un equipo multidisciplinario) y cómo esto difiere del sistema anterior;
- una explicación de los requisitos y del proceso de evaluación (en particular su objetivo y las oportunidades de apoyo);
- asesoramiento respecto de la prioridad de la adopción, es decir, el derecho del niño o niña a una familia y no al revés;
- la responsabilidad de atender al interés superior del niño o niña y sus necesidades particulares;
- información sobre el principio de subsidiariedad (subsidiariedad a la reintegración familiar y prioridad a la adopción nacional para que haya continuidad en la vida del niño o niña);
- sensibilización en relación con las realidades y cuestiones relativas a la construcción de la filiación y parentalidad adoptivas;
- reflexión sobre la ausencia de hijos e hijas biológicos y las causas, así como el proceso pertinente de duelo.

## 3.6 La cooperación entre países

Una clave para la implementación exitosa del principio de subsidiariedad es la cooperación entre EO y ER. El artículo 17 del Convenio de La Haya de 1993 otorga a las AC una oportunidad para confirmar, en una etapa temprana, si se ha cumplido o no con el principio de subsidiariedad antes de continuar con una adopción. Los ER deberían, en esta etapa, solicitar más pruebas de las gestiones realizadas para poner en práctica las Directrices de la ONU (Sección 3.1), prevenir la separación familiar (Sección 3.2), promover la reintegración familiar (Sección 3.3), garantizar la continuidad en la educación del niño o niña (Sección 3.4), y promover las adopciones nacionales (Sección 3.5) antes de considerar una AI.

Otro medio para alentar la cooperación es el apoyo continuo de los ER al SSI/CIR, lo cual permite a la organización promover el principio de subsidiariedad a través de publicaciones, como la presente, pero también a través de los órganos de tratados de la ONU[25]. Además, el SSI/CIR es, a menudo, beneficiario del apoyo adicional de UNICEF y de ER para proporcionar asistencia técnica a los EO. En 2017 y 2018, por ejemplo, el SSI/CIR desarrolló una capacitación en Ghana, Guinea Conakry y Haití, para capacitar a las AC, a trabajadores sociales y jueces en la preparación de los expedientes de los niños y niñas, la declaración de adoptabilidad, la asignación, etc., y en particular sobre el principio de subsidiariedad, con el apoyo de las AC de Francia y de las Regiones Flamenca y Valona de Bélgica.

25 Véase: http://www.iss-ssi.org/index.php/en/advocacy#8-1-treaty-body-mainstreaming.

# Conclusión

Si bien muchos países cuentan con un marco legislativo claro que establece el principio de subsidiariedad, desafortunadamente, en muchos otros, el principio no está incluido en ninguna ley ni política. Los Estados que se encuentran en esta situación deberían rectificar esta omisión a la brevedad, en particular si deciden llevar a cabo AI.

El objetivo de este documento fue proporcionar una pequeña gama de prácticas prometedoras dirigidas al respeto del principio de subsidiariedad, tanto en los EO como en los ER. Por supuesto, existen muchas otras prácticas. Es prioritaria la necesidad de implementar políticas de prevención y de fortalecer el apoyo a las familias biológicas con vistas a una reintegración exitosa; se trata de principios rectores establecidos en las Directrices de la ONU (parte IV).

También es importante garantizar que las soluciones nacionales, en principio, realmente se agoten, y esto únicamente puede hacerse fortaleciendo el sistema nacional de modalidades alternativas de cuidado y promoviendo la adopción nacional. Las adopciones nacionales pueden promoverse implementando un registro nacional que facilite la asignación, sensibilizando acerca de las necesidades de los niños y niñas con planes de adopción, así como preparando y proporcionando apoyo a los FPA nacionales. También es fundamental que los EO y los ER trabajen en un espíritu de cooperación para garantizar que el principio sea respetado.

Por último, es esencial que se emprendan esfuerzos genuinos para respetar el principio de subsidiariedad. Deben documentarse las gestiones realizadas para que el principio sea respetado, y, en particular, que el interés superior del niño o niña siga siendo la consideración primordial que garantice un tratamiento individualizado. Una respuesta automática en blanco y negro a cómo debe aplicarse el principio de subsidiariedad no existe.

# Notas

Publicado por:

Servicio Social Internacional

32 Quai du Seujet

1201 Ginebra, Suiza

Tel: + 41 22 906 77 00; Fax: + 41 22 906 77 01

www.iss-ssi.org

© Servicio Social Internacional 2019. Todos los derechos reservados.

Queda prohibido reproducir, copiar o distribuir la presente publicación sin la autorización del editor.