

Scripta Nova

REVISTA ELECTRÓNICA DE GEOGRAFÍA Y CIENCIAS SOCIALES

Universidad de Barcelona. ISSN: 1138-9788. Depósito Legal: B. 21.741-98

Vol. XVI, núm. 395 (22), 15 de marzo de 2012

[Nueva serie de *Geo Crítica. Cuadernos Críticos de Geografía Humana*]

ADOPTABILIDAD: EL DERECHO DEL NIÑO/A A VIVIR EN FAMILIA

Blanca Gómez Bengoechea

Instituto Universitario de la Familia – Universidad Pontificia Comillas de Madrid

bgomez@iuf.upcomillas.es

Recibido: 15 de septiembre 2010. Aceptado: 21 de julio de 2011.

Adoptabilidad: el derecho del niño/a a vivir en familia (Resumen)

Las relaciones familiares constituyen una necesidad básica en los niños y niñas, de la que deriva la existencia para ellos del derecho a una vida en familia.

La existencia de este derecho debería condicionar en la práctica el modo en que se estructura y organiza la protección de menores, tanto en el plano nacional como en el internacional, muy especialmente en lo relacionado con las ayudas a la familia de origen, las declaraciones de adoptabilidad de los niños y niñas, y el favorecimiento de los acogimientos familiares en familia extensa o ajena.

Sin embargo, la protección del derecho a la vida en familia, con todas sus implicaciones, adolece en la actualidad de importantes lagunas y serias contradicciones, tanto nacionales como internacionales, sobre las que es necesario reflexionar.

Palabras clave: Adopción, adoptabilidad, principio de subsidiariedad, consentimiento paterno/materno, pobreza y situaciones de emergencia.

Adoptability: children's right to family life (Abstract)

Family care is a basic need for children, from which derives the existence for them of a right to family life.

This right should determine the structure and organization of the minor's protection system, both nationally and internationally, especially in relation to family of origin aids, adoptability of children and foster care in extended family or others.

However, the protection of the right to family life, with all its implications, currently suffers from significant shortcomings and serious contradictions, both domestic and international, on which reflection is necessary.

Key words: Adoption, adoptability, subsidiarity, parent's consent, poverty and emergency situations.

Si, tal y como parece que ocurre en la actualidad –o debiera ocurrir–, entendemos la adopción como una medida de protección de menores por la que se busca una nueva familia para un niño o niña que la necesita, con la consiguiente ruptura de vínculos, irrevocabilidad y equiparación con la filiación biológica, la declaración de adoptabilidad se convierte en el punto de partida de todo el sistema[1].

Lejos de lo que parece en algunas ocasiones, la existencia de un niño adoptable, desprotegido, para el cual se busca una familia, es el inicio y el sentido de una medida como la adopción. Que haya una familia que busca tener un hijo o hija no es, por tanto, el inicio del procedimiento. La adoptabilidad nos habla por tanto de cuándo se considera que un menor necesita una nueva familia, y en qué momento y por qué se inicia esta búsqueda para él.

La familia como derecho

Como punto de partida–y sin pretensión de entrar a profundizar en el campo de la psicología, que no es nuestra especialidad–, creemos que es posible afirmar que un niño siempre necesita una familia. Es decir, que para cualquier niño o niña, especialmente para los más pequeños, la privación de un cuidado adulto, de una relación estable que le proporcione seguridad, puede tener efectos devastadores que le pueden llevar a la depresión, el estancamiento en su desarrollo e, incluso, a la muerte. Sobrevivir a una primera infancia sin un contacto de afecto y estabilidad relacional deja a los niños “discapacitados” en grandes áreas del funcionamiento personal, cognitivo y social[2].

Son especialmente relevantes en este sentido los estudios e investigaciones realizados por Spitz y Bowlby sobre el hospitalismo y la privación del cuidado parental, en los que no nos vamos a detener, entre otras razones porque –como ya hemos mencionado– no es nuestra especialidad.

Demostrado, como parece que se ha hecho, que la vida en familia (o el cuidado de tipo parental alternativo) es fundamental para el adecuado desarrollo físico y psicológico de un niño, parece una consecuencia lógica el reconocimiento del derecho de los niños y niñas a tener una familia capaz de satisfacer sus necesidades, y a vivir con ella.

El cuidado por parte de la familia biológica

En principio, la familia con la que tienen derecho a convivir los niños es aquella que les ha dado la vida. De este modo, constituye un principio jurídicamente reconocido, tanto a nivel nacional como internacional, que los hijos únicamente no vivirán con sus padres

cuando su interés superior así lo aconseje, e incluso que, en estos casos, se intervendrá con la familia para intentar solucionar los motivos que dieron lugar a la separación y procurar que esta termine lo antes posible[3].

En el ámbito internacional, el artículo 6 de la Declaración de Derechos de la Niñez se refiere a la necesidad de que los niños y niñas crezcan “al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material”. Se menciona, además que, salvo circunstancias excepcionales, no se les debe separar de su madre cuando son de corta edad. En el mismo sentido, el artículo 3 de la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de la infancia, con especial referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los ámbitos nacional e internacional, recoge como primera prioridad que el niño sea cuidado por su familia de nacimiento.

También el Convenio de La Haya sobre adopción internacional de 1993 menciona en su Preámbulo que cada Estado debería, como prioridad, tomar las medidas adecuadas para permitir que los niños y niñas permanezcan bajo el cuidado de su familia de origen.

En cuanto a la legislación española, la Constitución de 1978, sin referirse específicamente a esta cuestión, recoge en su artículo 39.3 la obligación de los padres de asistir a su prole habida dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad. La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996 menciona, entre sus principios rectores, el mantenimiento de niños y niñas en su medio familiar de origen, salvo que sea inconveniente para su interés (Artículo 11.2). Y las legislaciones autonómicas reguladoras de la protección de menores, establecen como criterio la permanencia del niño/a con su familia siempre que sea posible[4], el derecho de los niños y niñas a permanecer con su familia[5], y la limitación de las separaciones de su entorno a los casos en los que sea estrictamente necesario[6].

Este derecho a permanecer con la familia de origen (incluyendo en ella a la familia extensa, e incluso en algunos casos a la “comunidad” o el “vecindario”), implica el reconocimiento del derecho del niño o niña a que su familia reciba las ayudas necesarias para cuidarle cuando no pueda o no sepa ejercer esta función por sí misma.

En este sentido se ha pronunciado en varias sentencias el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que menciona la necesidad de que las autoridades competentes pongan todos los medios necesarios para ayudar a las familias a superar las dificultades que les impiden vivir con sus hijos e hijas. Califica de insuficientes para decidir la separación de los mismos de sus progenitores motivos tales como la imposibilidad de estos últimos de ofrecer condiciones de alojamiento adecuadas o de asegurar ingresos regulares, y entiende que, ante estas circunstancias, son posibles otro tipo de medidas menos drásticas[7].

A esta cuestión se refiere también la Asamblea General de Naciones Unidas que, en un documento titulado “*Guidelines for the alternative care of children*” de 2009, menciona que los estados deben tomar medidas para evitar el abandono, la renuncia y la separación de los niños y niñas de sus familias. Para ello deben contar con políticas que apoyen a las familias en la tarea de asumir sus responsabilidades parentales, ayudarlos a adquirir las habilidades necesarias para cuidar adecuadamente de sus hijos e hijas, y promover el derecho de estos últimos a relacionarse con sus familias[8].

En los países de nuestro entorno, y así ocurre en España, es frecuente la existencia de ayudas económicas, medidas de formación, asesoramiento y apoyo para ayudar a las familias a cumplir con sus responsabilidades adecuadamente, y de supervisión por parte de los poderes públicos para tratar de asegurar que desarrollan de forma satisfactoria sus tareas de cuidado.

En general, como mencionaremos después, este tipo de ayudas no suelen ser frecuentes en los países donde se realizan adopciones internacionales e, incluso en España, son susceptibles de importantes mejoras, entre las que se pueden apuntar las siguientes:

- Sería conveniente introducir la necesidad de justificar el gasto en los casos de ayudas económicas (cheque bebé, rentas mínimas...) o, incluso, de facilitar las ayudas en especie (ropa, leche, pañales, etc.).
- En cuanto a la formación y el asesoramiento a las familias, es preciso incrementar y mejorar los recursos de apoyo y acompañamiento, especialmente en los primeros años de vida de los niños y niñas, para evitar que las relaciones familiares se cimienten sobre criterios que pueden dar lugar a dificultades, violencia intrafamiliar, maltrato negligente, etc.
- Con respecto a la supervisión de las autoridades públicas, es más que necesario insistir en su obligación de detectar casos de desprotección o desamparo, y tomar medidas protectoras y preventivas en los casos en los que, aunque no se tenga la certeza, se pueda sospechar que un niño o niña está siendo maltratada por la familia con la que vive. Son tristemente frecuentes, y conocidos a través de los medios de comunicación, los casos en los que las autoridades competentes tenían conocimiento o sospecha de que un niño o niña no estaba siendo cuidado adecuadamente por su familia y, por no intervenir a tiempo o no prever las medidas adecuadas, los daños personales han terminado siendo terribles e irreversibles.

Desgraciadamente, tenemos más bien un sistema de retirada de niños o niñas dañadas, que de protección de los que se encuentran en situación de riesgo.

El cuidado familiar alternativo: la declaración de adoptabilidad

En los casos en que las ayudas para la familia de nacimiento no existen, y/o en los que no se puede o no se quiere cuidar al niño, descartadas otras medidas menos definitivas – como pueden ser los acogimientos en sus distintas modalidades –, puede plantearse la declaración de la adoptabilidad del niño o niña y el inicio de la búsqueda de una nueva familia para él o ella[9].

Para que esto pueda ocurrir el niño o niña tiene que ser adoptable tanto legal como psicológicamente.

La adoptabilidad legal

La adoptabilidad legal implica dos cuestiones fundamentales que, en el caso de la adopción internacional, están fuertemente condicionadas por la legislación del país de

origen: la aplicación del principio de subsidiariedad y la prestación de los consentimientos necesarios por las personas competentes para ello.

El principio de subsidiariedad aparece mencionado, en relación con la adopción, en convenciones y convenios internacionales, y se recoge también en algunas legislaciones nacionales. Determina que la separación definitiva de la familia de origen y la integración en una nueva familia debe ser la última de las medidas a contemplar en cada caso para los niños y niñas necesitadas de protección, de modo que, antes de plantear una solución tan radical y definitiva, es preciso barajar otro tipo de ayudas que puedan permitirles permanecer con su familia de nacimiento o, al menos, en su entorno más cercano[10].

Hay dos cuestiones especialmente interesantes en relación con la aplicación del principio de subsidiariedad, principalmente en las adopciones internacionales: la relación entre pobreza, aplicación del principio de subsidiariedad y declaración de adoptabilidad; y la relación entre existencia de una situación de emergencia (catástrofe natural, guerra, etc.), principio de subsidiariedad y declaración de adoptabilidad.

Una de las grandes paradojas que se dan en el mundo de la adopción internacional es que, si los recursos empleados en la adopción y crianza en familia adoptiva se aplicaran al mantenimiento del niño o niña en su familia biológica, la necesidad de separarlos de su familia de origen para ser adecuadamente cuidados dejaría de ser real.

Así, en España, según un estudio de la Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios del año 2006[11], cuidar a un hijo o hija hasta los 18 años cuesta una media de aproximadamente 200.000 euros[12], mientras que en Etiopía, el ingreso per cápita anual es de 168.14 €, lo que arroja como resultado que, con el dinero que cuesta cuidar a un niño o niña adoptados en España hasta la mayoría de edad, podrían mantenerse 66 en Etiopía hasta los 18 años, 1.9 en Rusia, 4.47 en Colombia 4.47, en Ucrania 5.7 y en China 6.16[13] para mencionar los países en que más adopciones internacionales se han realizado en España.

Ante esto, cabe preguntarse si tiene sentido gastar, no ya el dinero que cuesta mantener a un hijo o hija en España, sino simplemente el que cuesta una adopción internacional (incluyendo gastos de todo tipo: trámites, abogados, etc.), cuando solo una parte de esa cantidad habría permitido al niño o niña quedarse con su familia biológica ya que, muchas veces, las familias renuncian a cuidar a sus hijos/as únicamente por razones de pobreza[14].

En muchos países de origen el derecho de los niños y niñas a permanecer con su familia y a que esta sea ayudada a cuidarlos no se cumple, porque muy frecuentemente faltan políticas de apoyo y reunificación familiar y, en ocasiones, tampoco existe un marco jurídico adecuado que promueva alternativas a la institucionalización, aun cuando la existencia de residencias madre-hijo, de guarderías para recién nacidos o de ayudas económicas para las mujeres con cargas familiares no compartidas reduciría muy considerablemente el número de niños y niñas entregados en adopción[15].

En este contexto, para muchas familias desesperadas, el orfanato es una solución temporal para ayudar a sobrevivir a sus hijos/as durante un tiempo de crisis económica. Muchos de los orfanatos ofrecen regularmente horas de visita para las familias y,

cuando la situación mejora, estas pueden volver a llevarse a sus hijos[16]. Por otro lado, parece como si las familias biológicas pobres de otros países no fueran vistas como seres humanos que experimentan, como otros seres humanos, la pérdida de sus hijos/as como una tragedia. Se habla del agradecimiento que manifiestan estos padres cuando se llevan a sus hijos, sin darse cuenta que la desesperación puede generar agradecimiento incluso hacia las formas de ayuda más explotadoras[17].

Sin embargo, la realidad es que, en algunos países, las políticas de protección de menores han estado o están orientadas preferentemente hacia la adopción internacional porque esta genera para los países, los de origen incluidos, unos ingresos que la nacional no produce. Incluso se han realizado adopciones internacionales en países con largas listas de espera para la adopción nacional[18].

También es frecuente que se den donativos a quienes renuncian a sus hijos o hijas (para ayudarles a sobrevivir, a alimentar a sus otros hijos...) e, incluso, en ocasiones, los gobiernos dan ayudas y subvenciones a los orfanatos en función del número de niños y niñas que “colocan” en la adopción internacional y, sin embargo, no hay ayudas para quienes quieren quedarse con sus hijos/as[19].

Esta no es una cuestión fácil de resolver porque, si negamos donativos o ayudas a quienes renuncian a sus hijos o hijas, estamos afirmando que las malnutridas y hambrientas familias biológicas no deben recibir nada para preservar un consentimiento “puro” y que, por ejemplo, no se le debe ofrecer nada a la madre para mantener su salud y su vida durante el embarazo[20].

Una de las cuestiones más importantes y más complicadas que se plantean en relación con las ayudas a las familias de origen es hasta cuándo hay que intentar que estas se hagan cargo de los niños, hasta cuándo hay que ayudarlas para ver si son capaces de cuidarlos.

No es una pregunta fácil de responder, ya que es difícil lograr el equilibrio entre no prestar ayudas de ningún tipo y entender la adopción como primera y, muchas veces, única manera de proteger los niños y niñas (como ocurre muchas veces en los países en desarrollo), y disponer de un amplio catálogo de ayudas de todo tipo que se aplican sucesiva y/o conjuntamente, muchas veces sin medios suficientes y sin plazos determinados legalmente, de modo que los niños quedan demasiado tiempo en una situación de inestabilidad y pseudo-protección mientras se les dan oportunidades a sus familias, algo que ocurre muchas veces en España.

Sin embargo, en la respuesta a esta pregunta está la clave de la adecuada protección de la infancia. Debe permanecer con su familia de origen siempre que sea posible, deben prestarse ayudas para lograrlo, pero debe hacerse durante un tiempo previamente fijado en función de la edad y las características del niño o niña, y aplicando durante el mismo los medios suficientes. Si en ese plazo, razonable para el niño o niña, y con esas ayudas, objetivamente suficientes, sus familias no han logrado asumir sus responsabilidades, se deben integrár de forma estable en otra familia.

Otra de las situaciones que resulta interesante analizar en relación con la aplicación del principio de subsidiariedad es la de las declaraciones de adoptabilidad y las adopciones

que se producen en contextos de emergencia, tales como una catástrofe natural o un conflicto bélico.

Es frecuente que en estos casos, frecuentemente acompañados e ilustrados con imágenes de niños, niñas y familias afectadas por terremotos, inundaciones y guerras, con consecuencias especialmente devastadoras para los países más pobres, la opinión pública se plantee rápidamente la necesidad de ayudar sobre todo a los más pequeños para lo que, con frecuencia, aparece la adopción internacional como forma de protegerlos y sacarlos de su situación de necesidad y desprotección.

Sin embargo, precisamente en estas situaciones, es difícil comprobar –o al menos hacerlo con rapidez– si se dan las circunstancias adecuadas para determinar la adoptabilidad de niños o niñas que, en apariencia, están solos y desprotegidos. Asegurar que no existen familiares o personas del entorno dispuestas a hacerse cargo –o, incluso que no tienen familias que les busquen– es una tarea que lleva tiempo y debe hacerse cuidadosamente antes de declarar su adoptabilidad.

La Ley de Adopción Internacional española de 2007 es clara respecto a esta cuestión y, con el propósito de evitar que se produzcan adopciones sin las garantías suficientes, establece, en su artículo 4, que no será posible adoptar en países que se encuentren en conflicto bélico o inmersos en un desastre natural[21].

En el ámbito internacional, tanto la Asamblea General de Naciones Unidas como el Servicio Social Internacional también han señalado que debe evitarse que los niños y niñas que se encuentran en estas situaciones sean desplazados fuera del país donde residen habitualmente, salvo por cuestiones de salud o seguridad, en cuyo caso el desplazamiento debe ser lo más cercano posible a su casa, deben ir acompañados por alguien de la familia o un cuidador/a conocido/a, y debe establecerse un plan de retorno[22]. Solo si encontrar a la familia ha sido imposible y no hay posibilidad de cuidado estable dentro del país, debería plantearse como opción la adopción internacional[23].

La reciente experiencia del terremoto en Haití ha llevado al Servicio Social Internacional a pronunciarse ampliamente[24]:

- En una situación como esta existen dos tipos de reacción respecto a la protección de los niños afectados. Por una parte están los países que piensan que la mejor manera de protegerlos es acelerando y tramitando todas las adopciones posibles, y, por otro lado, quienes piensan que estas deben limitarse para evitar abusos. Así, hay países que prácticamente han triplicado las adopciones en Haití en los meses posteriores al terremoto (Canadá, USA, Luxemburgo y Bélgica), otros que las han doblado (Alemania), quienes las han disminuido (Francia) y los que las han cancelado (como es el caso de España, que solo ha terminado de tramitar en este tiempo siete adopciones que quedaban pendientes desde el año 2007).
- En una emergencia de este tipo los esfuerzos deben dirigirse prioritariamente a satisfacer las necesidades básicas de toda la comunidad afectada, y no a gestionar con rapidez los procesos de adopción internacional.
- Las ayudas al desarrollo no deben estar directamente relacionadas con los servicios de adopción internacional.

- Antes de tramitar adopciones con otro país en estas circunstancias, debería haber suficientes pruebas de que el principio de subsidiariedad ha sido tenido en cuenta y cumplido.
- Se debe dar a los niños tiempo suficiente para recuperarse del shock que supone una catástrofe como esta en un lugar que les resulte familiar antes de moverles a otro sitio o a otro país. Deben también tener la oportunidad de despedirse de sus relaciones cercanas.
- Después de haber vivido un terremoto, la adoptabilidad psicológica de los niños debe ser re-evaluada, para comprobar cómo les ha afectado esta experiencia.
- Antes de trasladar a los niños a otro país para que sean adoptados deben ponerse en práctica medidas suficientes de identificación y registro. Debido a la debilidad del Estado en el país afectado, los estados receptores deben asegurarse de que los registros existen.
- Los países de destino tienen el deber de asegurar que las familias adoptantes están preparadas para adoptar niños o niñas que acaban de vivir un terremoto, con sus devastadoras consecuencias de todo tipo.
- Dado que los vuelos comerciales estuvieron de nuevo operativos semanas después del terremoto, habría sido deseable esperar al menos este tiempo para el traslado de los niños, para dar así la oportunidad a los padres y madres adoptivos de acompañarlos personalmente en el viaje y conocer de primera mano su país de origen.

Por otro lado, para que un niño o niña sea declarado adoptable es necesario, también, que la adopción haya sido consentida por quienes están facultados para ello. Generalmente sus padres, pero también las instituciones protectoras de menores cuando estaban ya a su cargo[25].

Resulta fundamental a la hora de recabar los consentimientos que quienes los prestan hayan sido suficientemente informados de sus consecuencias y asesorados al respecto, que no hayan sido presionados ni se les hayan ofrecido contraprestaciones de ninguna clase, y que estén adecuadamente documentados.

Es conveniente, también, que el consentimiento de los padres a la adopción (de la madre en particular) no se dé antes del nacimiento o en las primeras semanas de vida del niño[26]. Se debe dar a los padres y madres la oportunidad de tejer vínculos con su hijo o hija y disponer de un período de reflexión después del nacimiento. Durante este período, y durante el embarazo, es muy importante prestarles un acompañamiento psicosocial y/o económico para reducir los riesgos de renuncia y, si esta se confirma, para ayudarlos a separarse adecuadamente de su niño o niña[27].

En relación con los consentimientos en los casos de adopción internacional, es importante tener en cuenta que las familias de nacimiento pueden no entender el concepto de “renuncia” porque está basado en una cultura distinta de la suya, de filiación excluyente, centrada en la familia nuclear (en contraposición a la familia extensa). Por eso, pueden interpretar que el hijo o hija al que renuncian conservará, a pesar de la adopción, suficiente conexión, lealtad a la familia e identidad como para mantener el contacto mientras crece, y ofrecer después a la familia la ventaja de tener un miembro en un país rico[28].

Es fácil que exista confusión entre el modelo “inclusivista” de adopción que existe en la mente de muchas familias biológicas, y el “exclusivista” mantenido por la mayoría de las familias adoptantes de los países occidentales de renta alta. Por eso, no son infrecuentes los casos de familias biológicas que no sabían lo que consentían, que pensaban que enviaban a sus hijos/as en “viaje de estudios” o esperaban su regreso al cabo de un tiempo.

Incluso hay legislaciones internas, como ocurre con la haitiana, que no contemplan ni la obligación de informar claramente a las familias de origen de las consecuencias de su consentimiento, ni la necesidad de asegurarse de que este sea libremente prestado y sin compensaciones económicas[29].

Además del consentimiento de la familia de origen, es necesario tener en cuenta la opinión de quien va a ser adoptado. Su derecho a ser consultado y a que su opinión sea tenida en cuenta aparece mencionado en varios instrumentos internacionales (Art. 12 de la Convención de Derechos de la Niñez de 1989, Art. 4d)2 del Convenio de La Haya de 1993), y el Comité de Derechos del Niño recomienda que sea consultado, que todos los Estados partes le informen sobre los efectos de la adopción y garanticen, mediante leyes, que sus opiniones sean escuchadas. Sin embargo, la consulta a los niños acerca de sus opciones de cuidado no está incluida en todos los marcos jurídicos[30].

Todos los países europeos mencionan la necesidad de contar con el consentimiento del niño, generalmente a partir de una edad mínima que varía entre los 10 y los 15 años, a partir de la cual dicho consentimiento es obligatorio. Sin embargo, en otros países, como ocurre en Haití, los niños no tienen reconocido el derecho a manifestar su opinión sobre una propuesta de adopción, y su consentimiento no es necesario[31].

Adoptabilidad psicológica, deseos y opiniones

Junto al cumplimiento de los requisitos legales, especialmente los referidos al principio de subsidiariedad y a la prestación del consentimiento, es importante para declarar la adoptabilidad de un niño o niña tener en cuenta, como acabamos de mencionar, sus deseos y opiniones, y valorar si psicológicamente está preparado para vincularse a una nueva familia y, en la mayoría de las adopciones internacionales, cambiar de cultura, país, lengua, etc.

Hemos referido ya cómo el haber pasado por una experiencia traumática, un terremoto por ejemplo, puede hacer necesaria la reevaluación de la adoptabilidad psicológica, ya que no podemos pensar que un niño que ha tenido una vivencia como esa permanece inalterable en sus posibilidades de adaptación y vinculación a una nueva familia.

La falta de adoptabilidad psicológica o de preparación del niño para dar este paso puede llevar a importantes problemas posteriores que pongan en grave riesgo el éxito de la adopción. Por ejemplo, es difícil que un niño se adapte a su nueva vida y se vincule a su nueva familia si no quería ser adoptado.

Declaraciones de adoptabilidad

En lo que se refiere al perfil de los niños y niñas, la realidad es que quienes se ofrecen para adoptar buscan un perfil que dista mucho corresponderse con el de quienes con mayor frecuencia necesitan una familia. Generalmente quien se ofrece para adoptar busca incorporar a su familia un hijo o hija lo más pequeño y lo más sano posible, mientras que los niños y niñas que están esperando una familia suelen ser algo mayores, grupos de hermanos o presentan algún tipo de necesidad especial[32]. Al haber más solicitantes de adopción que niños y niñas pequeños y sanos declarados adoptables, la situación actual es que hay familias que esperan (los que quieren niños/as pequeños y sanos) y hay niños y niñas que esperan (los que tienen características especiales).

Esta situación se ha visto agravada porque algunos de los países habitualmente escogidos por las familias españolas para adoptar han comenzado a replantear sus sistemas de protección de la infancia. En los últimos años, han empezado a restringir la adopción internacional como medida de protección y a aplicar el principio de subsidiariedad de manera más rigurosa. De este modo, en estos lugares se ha empezado a fomentar la adopción nacional y a conceder algunas ayudas para que las familias puedan hacerse cargo de sus hijos. Incluso algunos países, como Brasil o Ucrania, han manifestado no necesitar ya adoptantes internacionales para niños pequeños y sanos; de manera que, parece que, cada vez más, las adopciones internacionales serán adopciones de niños y niñas con características especiales, y que los requisitos para los adoptantes extranjeros serán cada vez más restrictivos[33].

Que los países de los que tradicionalmente provenían los niños adoptados internacionalmente hayan empezado a aplicar este tipo de medidas y a restringir la salida de sus niños, unido al mantenimiento—o al menos la no excesiva disminución—de la “demanda” por parte de las familias españolas, obliga a familias y ECAIs a moverse buscando nuevos lugares en los que adoptar, especialmente niños pequeños y sanos.

Este desequilibrio lleva a que, en algunas ocasiones, la presión de las familias que esperan impulse a buscar niños y niñas de las características demandadas para declarar su adoptabilidad. Así, se inician procedimientos en países hasta ahora no explorados (países africanos, Kazajstán...), que muchas veces cuentan con estructuras jurídicas y administrativas frágiles y procedimientos poco claros y aparecen, con cierta frecuencia, casos en los que las familias biológicas son presionadas para dar su consentimiento para la adopción, adoptabilidades determinadas después de la asignación o el encuentro personal entre el niño o niña y las futuras familias adoptivas, incluso niños secuestrados de sus familias o directamente concebidos para la adopción.

Esta situación parece que es también la que ha provocado en España el inicio de una reflexión, necesaria y excesivamente postergada, sobre la adoptabilidad de los niños que tenemos en nuestros centros de menores, a los que hay que dotar de un proyecto de vida estable y permanente[34].

Replantear la subsidiariedad

Quizá sería bueno aprovechar la apertura del análisis y la discusión sobre esta cuestión para replantear el significado de la subsidiariedad, y preguntarnos si es legítimo tramitar adopciones internacionales cuando hay niños esperando familia en el propio país, o si

los posibles adoptantes deberían agotar sus opciones nacionales antes de ofrecerse para adoptar en el extranjero.

La falta de cifras y datos estructurados sobre las adopciones nacionales e internacionales realizadas por residentes en España (sobre las edades y características de los niños y niñas, especialmente) impide comparar las adopciones realizadas en nuestro país y las llevadas a cabo en el extranjero, y verificar que las familias españolas están adoptando fuera niños o niñas con las mismas características que los que esperan una adopción en nuestros centros de protección (grupos de hermanos, niños mayores o con algún tipo de enfermedad o discapacidad).

Aun a falta de estos datos, podemos afirmar que se están produciendo adopciones de las denominadas especiales en el extranjero, que en los centros de protección españoles hay miles de niños esperando un cuidado familiar estable y que parece que uno de los factores que influye en la decisión de adoptar fuera en lugar de en el propio país es la intención de las familias adoptantes de evitar todo tipo de contacto con la familia de origen.

En esta situación, ante la duda sobre la conveniencia de replantear en estos términos el principio de subsidiariedad, parece acertada la reflexión sobre esta cuestión elaborada por la Conferencia de la Haya y recogida por el Servicio Social Internacional en uno de sus documentos[35]: todos los Estados deberían animar a sus ciudadanos a adoptar niños en su propio país y, dentro de la preparación para la adopción, los candidatos adoptantes deberían ser informados y animados a considerar la adopción nacional.

Sin embargo, no estamos seguros de que sea realista imponer una obligación sobre los candidatos adoptantes de agotar sus opciones nacionales antes de que se les autorice a realizar adopciones internacionales. Suponiendo que todos los bebés y niños/as pequeños sean adoptados rápidamente, no se puede suponer que todos los candidatos adoptantes tienen la capacidad de adoptar a aquellos niños que quedan. Debe haber una evaluación rigurosa y profesional de la habilidad y capacidad de los adoptantes para adoptar a determinados niños y niñas. Queda la duda de si debería evaluarse a todos los candidatos adoptantes para categorías de niños que realmente no quieren adoptar, con las consecuencias que esto puede tener para el posterior éxito de la adopción.

Notas

[1] Este artículo se realizó en el contexto del Proyecto I+D+i Coordinado “Adopción Internacional y Nacional. Familia, educación y pertenencia: perspectivas interdisciplinarias y comparativas” (MICINN CSO2009-14763-C03-01 subprograma SOCI) y del subproyecto “Nuevos retos de la adopción en España: aspectos psicológicos y jurídicos” (CSO2009-14763-C03-02).

[2] Gómez Bengoechea, Berástegui Pedro-Viejo, 2009, p. 176-179.

[3] En este sentido se pronuncia la Asamblea General de Naciones Unidas en el documento titulado *Guidelines for the alternative care of children*: “The family being the fundamental group of society and the natural environment for the growth, well-being and protection of children, efforts should primarily be directed to enabling the child to remain in or return to the care of his/her parents, or when appropriate, other close family members. The State should ensure that families have access to forms of support in the caregiving role”. United Nations, General Assembly 2009.

[4] Art. 48d), Ley de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid.

[5] Art. 18; Ley 8/95, de 27 de julio, de Protección de Menores de Cataluña; Arts. 43 y ss., Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia de Castilla y León.

[6] Art. 4, Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia de Castilla y León, Art. 18; Ley 8/95, de 27 de julio, de Protección de Menores de Cataluña.

[7] Entre otras, se pronuncian sobre esta cuestión: Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo (Sección 5ª), de 26 de octubre de 2006; Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo (Sección 1ª), de 21 de septiembre de 2006.

[8] United Nations, General Assembly 2009, n° 32, 33, 34.

[9] “5. Where the child’s own family is unable, even with the appropriate support, to provide adequate care for the child, or abandons or relinquishes the child, the State is responsible for protecting the rights of the child and ensuring appropriate alternative care (...).” United Nations, General Assembly 2009.

[10] Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, “Artículo 21: Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán por que la adopción del niño solo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste 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”.

“Art. 20. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, 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”.

Convenio de La Haya, Trabajo preparatorio, Comisión Especial de julio de 1990: “los intereses del niño generalmente se respetan mejor cuando el niño es cuidado por sus padres o, en su defecto, por una familia de guarda o adoptiva en el propio país del niño; la adopción internacional debe considerarse como una solución de carácter subsidiario para garantizar el bienestar del niño”.

Art. 4 b) del Convenio: “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”.

United Nations, General Assembly 2009: “11. All decisions concerning alternative care should take full account of the desirability, in principle, of maintaining the child as close as possible to his/her habitual place of residence, in order to facilitate contact and potential reintegration with his/her family and to minimize disruption of his/her educational, cultural and social life.”

[11] CEACCU 2006.

[12] Entre 98.205 y 301.298 euros, dependiendo de si se acude a un colegio o guardería público o privado, si se tiene seguro médico, actividades extraescolares, etc.

[13] UNICEF 2007.

[14] Smolin, 2007, p. 431.

En el informe realizado por el gobierno haitiano para el Comité sobre Derechos del Niño en el año 2003 se recoge como, en muchos casos, los niños son entregados en cuidado alternativo (a veces al cuidado de parientes o incluso al servicio doméstico) por razones de pobreza, y no porque no tengan padres. UN Committee on the Rights of the Child, 2002.

[15] Adroher y Assiego , 2001, p.407-455. Ferrandis 2003, p. 203-212.

[16] INTERNATIONAL SOCIAL SERVICE, Dambach, M., Baglietto C. 2010.

[17] Smolin, 2007, p. 439.

[18] Smolin 2007, p. 422-423.

[19] Smolin 2007, p. 434.

[20] La solución a estos problemas podría estar en que los pagos que se realizan por las adopciones internacionales sirvieran para establecer un programa de ayudas destinadas tanto a los padres que renuncian a sus hijos como a los que no lo hacen.. Smolin 2007, p. 434.

[21] Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

[22]United Nations, General Assembly 2009, 160, 162.

[23] Esta posición es compartida por UNICEF ACNUR, el Comité de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el Comité Internacional de la Cruz Roja y ONGs internacionales tales como Save the Children y el Servicio Social Internacional (UNICEF 2010)

[24] INTERNATIONAL SOCIAL SERVICE, Dambach, M., Baglietto C., 2010.

[25] Es preciso poner especial cuidado en esta cuestión en los ya mencionados casos de conflicto bélico o catástrofe natural. Después del terremoto de Haití han aparecido casos en los que los niños fueron evacuados del país cuando las pruebas de ADN habían determinado que la persona que los entregó en el orfanato no era su pariente. INTERNATIONAL SOCIAL SERVICE, Dambach, M., Baglietto C. 2010, p. 28.

[26] Esto es así en la ley española, según la cual la madre no puede consentir la adopción hasta pasados al menos 30 días desde el parto, pero esta norma no es común a la legislación de todos los países.

[27] Servicio Social Internacional 2006.

[28] Smolin 2007, p. 442-443.

[29] INTERNATIONAL SOCIAL SERVICE, Dambach, M., Baglietto C. 2010, p. 15.

[30] Servicio Social Internacional, 2010.

[31] INTERNATIONAL SOCIAL SERVICE, Dambach, M., Baglietto C. 2010,p. 15.

[32] "...the relative empowerment of single pregnant women has resulted in a situation where only a small proportion voluntarily relinquish their parental Rights. The result is that, at least for healthy white infants, the number of prospective adoptive parents far outstrips the available "supply" of adoptable babies. The unwillingness of birth parents to offer their children for adoption has been one of the determining factors limiting the availability of babies for adoption". Smolin 2007.

[33] Así ha ocurrido hace algunos años en China, donde la enorme cantidad de ofrecimientos para adoptar recibidos ha llevado a endurecer los requisitos objetivos de las personas que se presentan para adoptar. Así, se ha eliminado la posibilidad de la adopción monoparental y se exige a los padres adoptivos un nivel mínimo de ingresos y formación, y un máximo en el índice de masa corporal.

[34] El debate sobre esta cuestión está actualmente abierto, ya que durante los últimos dos años se ha reunido en el Senado una Comisión Especial para el estudio de la adopción nacional y otras cuestiones afines.

[35] Conferencia de La Haya en relación con el principio de subsidiariedad, en Servicio Social Internacional, “Edición especial sobre el principio de subsidiariedad”, Boletín Mensual n.º3-4/2009, Marzo-Abril 2009, www.iss-ssi.org.

Bibliografía

ADROHER, S. y ASSIEGO, V. La adopción internacional. In LÁZARO, I. (coord.). *Los Menores en el Derecho Español*. Madrid: Tecnos, 2001, p. 407-455.

CEACCU. *II Informe sobre lo que cuesta un hijo*. [En línea]. <http://www.ceaccu.org/index.php?option=com_content&view=article&id=490&Itemid=200016> [22 de octubre de 2010].

CONFERENCIA DE LA HAYA. En relación con el principio de subsidiariedad. *Boletín Mensual del Servicio Social Internacional (edición especial sobre el principio de subsidiariedad)*, 2009, n.º 3-4 (Marzo-Abril).

FERRÁNDIS, A. La adopción internacional. In LÁZARO, I. y MAYORAL, I. (coords.). *Jornadas sobre derecho de los menores*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2003, p. 203-212.

GÓMEZ BENGOCHEA, B. y BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A. El derecho del niño a vivir en familia. *Revista Miscelánea Comillas*, 2009, vol. 67, n.º 130, p. 176-179.

INTERNATIONAL SOCIAL SERVICE; DAMBACH, M. y BAGGLIETTO, C. *Haití. “Expediting” intercountry adoptions in the aftermath of a natural disaster...preventing future harm*. [En línea]. 2010. <http://www.iss-ssi.org/2009/assets/files/Haiti_ISS_final-foreword.pdf>. [22 de octubre de 2010].

SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL. El marco legal para la consulta y el consentimiento del niño en la adopción. *Boletín Mensual*, 2010, n.º 4 (abril).

SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL. La determinación de la adoptabilidad del niño. *Ficha de formación n.º 20*, septiembre de 2006.

SMOLIN, D.M. Intercountry adoption and poverty: a Human’s Rights Analysis. *Capital University Law Review*, 2007, vol. 36, p. 413.

UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. *Initial Report, Haiti*.
CRC/C/51/Add.7, 21 June 2002.
<<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/51/Add.7>> [22 de octubre de 2010].

UNICEF. *UNICEF's position on Inter-country adoption*. [En línea]. New York, 22 de julio de 2010. <http://www.unicef.org/media/media_41918.html> [22 de octubre de 2010].

UNITED NATIONS, GENERAL ASSEMBLY. *Guidelines for the alternative care of children*. [En línea]. 2009. <<http://www.iss-ssi.org/2009/assets/files/guidelines/Guidelines-English.pdf>>. [22 de octubre de 2010].

© Copyright Blanca Gómez Bengoechea, 2012.
© Copyright *Scripta Nova*, 2012.

Edición electrónica del texto realizada por Beatriz San Román Sobrino.

Ficha bibliográfica:

GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca. Adoptabilidad: el derecho del niño/a a vivir en familia. *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*. [En línea]. Barcelona: Universidad de Barcelona, 15 de marzo de 2012, vol. XVI, nº 395 (22). <<http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-395/sn-395-22.htm>>. [ISSN: 1138-9788].

[Índice del nº 395](#)



[Índice de *Scripta Nova*](#)

[Menú principal](#)