ADOPCIONES INTERNACIONALES INTRAFAMILIARES

GARANTIZAR EL RESPETO POR LOS DERECHOS DEL NIÑO O NIÑA

Documento de trabajo comparativo del SSI/CIR no. 3:

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 2020. Todos los derechos reservados.

Queda prohibido reproducir, copiar o distribuir la presente publicación sin el permiso del Servicio Social Internacional.

Diseño e ilustraciones: www.transformbrands.co.uk

ISBN: 978-2-940629-14-5

Dambach, M. y Messineo, J. (2020). *Adopciones internacionales intrafamiliares. Garantizar el respeto por los derechos del niño o niña.* Documento de trabajo comparativo del SSI/CIR no. 3: Enfoque en las soluciones. Ginebra, Suiza: Servicio Social Internacional.

Con la estrecha colaboración de Christina Baglietto, Cécile Jeannin, Juliette Roulez y Jeannette Wöllenstein-Tripathi.

Agradecimientos

Agradecemos el generoso apoyo financiero de la Mission de l'adoption internationale (MAI), Ministerio de Asuntos Extranjeros y Europeos (Autoridad Central de Francia), el cual permitió la traducción y el diseño de esta publicación.

También extendemos nuestros agradecimientos a las traductoras Belinda Allen (del inglés al francés), Christina Baglietto (del inglés y francés al español) y Barbara Weber (del francés al inglés).

Índice

Glosario y acrónimos 05

Introducción 06

I. Consideraciones generales 09

1. Conceptos fundamentales y marco del estudio 09

1.1 Definición de la adopción internacional intrafamiliar 09

1.2 Adopción intrafamiliar y el caso particular de la adopción del hijo o hija del o de la cónyuge 09

1.3 Adopción intrafamiliar y acogimiento por la familia extensa 10

2. Estadísticas 11

3. Aspectos culturales 17

II. Consideraciones jurídicas 20

1. Marco internacional 20

1.1 Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño a la adopción intrafamiliar 20

1.2 Aplicación del Convenio de La Haya de 1993 a las adopciones internacionales intrafamiliares 21

1.2.1 Debate actual no. 1: ¿El principio de subsidiariedad siempre exige la consideración de una adopción nacional antes de una adopción internacional intrafamiliar? 24

1.2.2 Debate actual no. 2: ¿El acogimiento del niño o niña por su familia extensa en el extranjero siempre debe tomar la forma de una adopción internacional? 25

1.3 El recurso al Convenio de La Haya de 1996: Una solución a veces mejor adaptada 26

1.4 Las Directrices de Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños 27

2. Marcos nacionales 28

2.1 Disposiciones normativas específicas 28

2.1.1 Algunas adopciones intrafamiliares no están permitidas 28

2.1.2 Disposiciones y procedimientos jurídicos adaptados 29

2.2 Grado de relaciones/vínculos biológicos 30

2.3 Naturaleza jurídica de la adopción 31

3. Cruce entre las normas relativas a la adopción y las normas relativas a la migración 33

3.1 Uso de las autoridades y/o los procedimientos de adopción para tramitar casos de reunificación familiar 33

3.2 Uso de las autoridades de adopción para aprobar/tramitar arreglos familiares existentes 34

3.3 Uso de las autoridades migratorias para tramitar adopciones intrafamiliares 35

III. Considerations prácticas 36
1. Dificultades y desafíos específicos: 36
1.1 La no aplicación o la mala aplicación del Convenio de La Haya de 1993 36
1.1.1 Las adopciones intrafamiliares con un Estado no contratante del Convenio de La Haya de 1993 36
1.1.2 Las adopciones intrafamiliares con un Estado parte del Convenio de La Haya de 1993 pero que excluye las adopciones intrafamiliares de su campo de aplicación 37
1.1.3 La elusión del Convenio de La Haya de 1993 por algunos actores 37
1.1.4 Los riesgos de las adopciones privadas e independientes 37
1.2 La aprehensión del proyecto de adopción 38
1.3 La falta de preparación, de acompañamiento y de seguimiento del triángulo adoptivo 39
1.3.1 La falta de preparación y de acompañamiento del niño o niña 39
1.3.2 La falta de preparación y acompañamiento de los padres adoptivos potenciales y de los padres biológicos 39
1.3.3 La dificultad de establecer un seguimiento post-adoptivo 40
2. Recomendaciones del SSI/CIR: Respuestas a los desafíos mediante el establecimiento de procedimientos específicos 41
2.1 Prever una fase de análisis previo del proyecto antes del inicio de los trámites fomentando la cooperación 44
2.1.1 Garantizar la naturaleza intrafamiliar de la adopción 45
2.1.2 Evaluar las motivaciones específicas del proyecto y las demás opciones viables 46
2.2 Evaluar concretamente las necesidades y el interés del niño o niña y las capacidades de los padres adoptivos potenciales para responder a los mismos 48
2.2.1 Evaluar concretamente las necesidades y el interés superior del niño o niña 48
2.2.2 Garantizar una verdadera evaluación de los padres adoptivos potenciales 52
2.3 Garantizar la preparación y el acompañamiento del triángulo adoptivo 53
2.3.1 Garantizar una preparación específica de todos los integrantes del triángulo adoptivo 53
2.3.2 Garantizar un acompañamiento específico de todos los integrantes del triángulo adoptivo 54
2.3.3 Reconocer las adopciones intrafamiliares conformes al Convenio de La Haya de 1993 y condenar aquellas que eluden los estándares 55
2.4 Garantizar el seguimiento post-adoptivo y establecer una cooperación en caso de fracaso 57
Conclusión 58

Glosario y acrónimos

AC	Autoridad Central
CDN	Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño
Comisión Especial (o CE)	Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional
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
Convenio de La Haya de 1996	Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños
GBP1	Guía de Buenas Prácticas no. 1: La Puesta en Práctica y el Funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional
HCCH	Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado
Directrices	Directrices de las Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños
OAA	Organismo acreditado en materia de adopción
PAP	Padre adoptivo potencial
SSI	Servicio Social Internacional
SSI/CIR	Servicio Social Internacional / Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia

Introducción

El Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia del Servicio Social Internacional (SSI/CIR) ha querido dedicar el tercer número de su serie *Documento de trabajo comparativo del SSI/CIR: Enfoque en las soluciones* a la temática de la adopción internacional intrafamiliar, una cuestión cercana al tema más amplio de los acogimientos familiares transfronterizos, el cual también estará en el centro de este nuevo estudio.

Esta publicación está dirigida a todos los profesionales que se enfrentan a la adopción intrafamiliar y/o a los acogimientos familiares transfronterizos. Los profesionales del ámbito de la protección a la niñez y de la adopción son las personas naturalmente interesadas, pero no son las únicas. También debe ser una valiosa herramienta para las autoridades migratorias, el personal de las embajadas y de los consulados así como de las Autoridades Centrales (AC) en virtud del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* (Convenio de La Haya de 1996). Asimismo, será útil para los profesionales que, a menudo, están en contacto con el niño o niña, como el personal de las escuelas o los profesionales de la salud.

En un mundo globalizado, en el que las familias se distienden entre continentes, hoy en día no es poco común para un niño o niña tener a un miembro de su familia, nuclear o extensa, en el extranjero. Algunas situaciones –por ejemplo, cuando el niño o niña no puede ser acogido en su Estado de residencia habitual– pueden justificar el recurso a la familia que vive en otro país. Si bien este acogimiento puede ser informal o formal, su formalización será, sin

embargo, a menudo imperativa por motivo de los requisitos migratorios vinculados con el desplazamiento transfronterizo del niño o niña. Numerosas figuras jurídicas y administrativas permiten garantizar esta formalización, entre ellas la adopción intrafamiliar, la cual aparece hoy como una vía privilegiada.

La adopción intrafamiliar fomenta naturalmente cierta continuidad en la vida del niño o niña y se alinea con los principios de acogimiento del niño o niña por su familia extensa y de continuidad cultural. No obstante, no es necesariamente la medida más apropiada para responder a sus necesidades y, en caso de ser mal interpretada o mal utilizada, podría, en definitiva, desestabilizar esta continuidad, en particular por sus efectos sobre la filiación (específicamente en una adopción plena).

Además, se plantean cuestiones específicas sobre la manera mediante la cual los Estados afectados deben implementar 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) y garantizar que estas adopciones se inscriban en el respeto por los derechos fundamentales de los niños y niñas previstos en la *Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño* (CDN). Pueden surgir desafíos en cuanto a la manera de hacer constar la adoptabilidad del niño o niña, de evaluar la idoneidad de los padres adoptivos potenciales (PAP) o de respetar el principio de subsidiariedad[1].

Así, algunos Estados se preocupan por el hecho de que la necesidad del recurso a una adopción no siempre sea claramente establecida en el marco de las adopciones internacionales intrafamiliares. Cuando sí se demuestra, la pregunta que se plantea entonces es la de la solución más apropiada entre una adopción nacional por personas con las cuales el niño o niña no mantiene ningún vínculo de parentesco o su adopción por un integrante de su familia que reside en el extranjero. La respuesta a esta pregunta, que debe ser objeto de una valoración del interés superior del niño o niña caso por caso, se enfrenta a menudo a los distintos conceptos culturales de los Estados (*véase la Sección I.3*).

El desplazamiento del niño o niña, apartado de su comunidad y de sus puntos de referencia, puede ser motivo de dificultades, aún más cuando no se ha llevado a cabo un trabajo previo con el niño o niña y los PAP. Ineludiblemente, surgen interrogantes cuando los vínculos que el niño o niña mantenía con los miembros de su familia en el extranjero eran distantes, incluso inexistentes, más aún cuando el niño o niña vivía anteriormente con su familia biológica. Asimismo, la evaluación de las motivaciones y de la aptitud de los PAP, su preparación, el acompañamiento y el apoyo post-adoptivo que reciben, son todos aspectos a menudo subestimados, aun cuando merecen la misma, o incluso una mayor, atención a la que se les presta en una adopción internacional clásica. Efectivamente, la adopción internacional intrafamiliar es, a veces, percibida más como una oportunidad migratoria y/o educativa que como una medida de protección a la niñez. Tampoco es inusual que ciudadanos de un Estado de origen que residen habitualmente en un Estado de recepción procedan a una adopción nacional de un integrante de su familia en el Estado de origen, y luego obtengan en el Estado de acogida el

1 Dambach, M. (2019). *Principio de subsidiariedad. Documento de trabajo comparativo del SSI/ CIR no. 1: Enfoque en las soluciones.* Ginebra, Suiza: SSI. Disponible en: https://www.iss-ssi.org/images/Publications_ISS/ESP/PRINCIPLE_SUBSDIARITY_ESP.pdf.

exequátur de esta decisión, excluyendo por esta vía las garantías previstas por el *Convenio de La Haya de 1993.*

Ante estas interrogantes y estos desafíos, muchos Estados han hecho un llamado por directrices adicionales en la materia. Además, a lo largo de los últimos años, el SSI/CIR ha podido observar el interés creciente por parte de las AC en materia de adopción por la publicación de herramientas relativas a la regulación, la gestión y el acompañamiento de los procedimientos de adopción internacional intrafamiliar. Este interés se manifiesta, en particular, en las *Comisiones Especiales* sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993, organizadas por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH). Esta problemática ha, así, sido el objeto de un taller temático en la Comisión Especial de 2015, conllevando recomendaciones específicas[2]. Debería ocurrir lo mismo en la Comisión Especial de 2021. Efectivamente, en sus respuestas al *cuestionario* sobre las temáticas prioritarias para la Comisión Especial de 2021, 98% de los Estados han señalado que se trata de una cuestión que debería ser examinada, y 42% consideran que se trata de una cuestión de alta prioridad[3].

Este estudio se fundamenta en una encuestra enviada por el SSI/CIR a su red de AC en 2019 y a la cual respondieron 27 Estados, de los cuales 15 son considerados Estados de recepción[4] y 12 serían Estados de origen[5] en materia de adopción internacional. Con el fin de actuar de la manera más exhaustiva posible y de afinar y complementar los datos recibidos, el SSI/CIR también utilizó fuentes secundarias de información, como los Perfiles de Países disponibles en el sitio web de la HCCH y las recientes publicaciones del SSI/CIR.

Además de un estudio comparativo de los sistemas normativos, esta nueva publicación pretende promover algunas prácticas prometedoras, dar origen a reflexiones sobre el acogimiento internacional por familiares, y compartir las recomendaciones del SSI/CIR para garantizar que las adopciones internacionales intrafamiliares y los acogimientos familiares transfronterizos se lleven a cabo respetando los derechos del niño o niña y garantizando a los niños y niñas afectados los mismos derechos que a todos los demás.

2 Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial de 2015. Disponibles en: https://assets.hcch.net/upload/wop/adop2015concl_es.pdf.

3 Véase: Doc. Prel. no. 2 de diciembre de 2019-Análisis de las respuestas al Cuestionario de 2019 sobre los posibles temas y formato para la Quinta reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993, en particular el párrafo 25, pág. 8.

4 Alemania, Andorra, Bélgica, Canadá, Chipre, Dinamarca, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Malta, Nueva Zelanda, Países Bajos, Suecia y Suiza.

5 Armenia, Colombia, Eslovaquia, Eslovenia, Filipinas, Letonia, Líbano, Lituania, Perú, Polonia, Togo y Vietnam..

I. Consideraciones generales

1. Conceptos fundamentales y marco del estudio

Este primer capítulo pretende especificar las situaciones que serán estudiadas en el marco del presente estudio, así como aquellas que serán excluidas. También examina las estadísticas recopiladas en este ámbito y aborda los aspectos culturales vinculados con esta particular forma de adopción.

1.1. Definición de la adopción internacional intrafamiliar

La adopción internacional intrafamiliar es el principal objeto de este estudio. En el marco del *cuestionario para su quinta Comisión Especial*[6], la Oficina Permanente de la HCCH especificó que la adopción intrafamiliar incluía dos realidades. Así, una "adopción intrafamiliar" es "toda aquella adopción en la que los adoptantes son parientes del niño (p. ej., una tía, un abuelo, un primo) o el cónyuge (o la pareja) del progenitor. Estas adopciones son denominadas respectivamente "adopción por parientes" y "adopción del hijo del cónyuge".

El grado de parentesco requerido para que una adopción sea considerada como intrafamiliar varía de un Estado a otro y depende de la legislación nacional (*véase la Sección II.2*). En la práctica, la adopción intrafamiliar concierne principalmente la adopción por tíos y tías o primos y primas, a veces por abuelos y abuelas o entre hermanos y hermanas.

Como toda adopción, la adopción intrafamiliar es considerada como internacional cuando genera un desplazamiento del niño o niña de su Estado de residencia habitual hacia el Estado de residencia habitual de los PAP[7].

1.2 Adopción intrafamiliar y el caso particular de la adopción del hijo o hija del o de la cónyuge

Si bien la adopción por el o la cónyuge del padre o de la madre se acerca, en algunos elementos, a la adopción por los demás miembros de la familia, plantea también cuestiones específicas. Por ello, es importante distinguir con claridad entre estas dos formas de adopción. En la medida en la que únicamente 25% de los Estados consideran

6 Doc. Prel. no. 3 de febrero de 2020 – Cuestionario sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1993 sobre Adopción. Disponible en: https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6668&dtid=57.

7 Esta definición se fundamenta en el campo de aplicación del Convenio de La Haya de 1993, y en particular en su artículo 2.

que la adopción por el o la cónyuge del padre o de la madre es de alta prioridad para la próxima Comisión Especial, en comparación con 42% respecto de la adopción por otros miembros de la familia[8], este estudio se enfocará principalmente en esta última. Cualquier referencia a la adopción por el o la cónyuge del padre o de la madre será objeto de una mención específica.

1.3 Adopción intrafamiliar y acogimiento por la familia extensa

Por sus consecuencias jurídicas, sociales o psicológicas en términos de filiación, la adopción no siempre es la mejor opción para garantizar el acogimiento de un niño o niña por un miembro de su familia extensa, en particular cuando este acogimiento pretende tener un carácter temporal. Así, la adopción debería plantearse, en principio, como un último recurso, cuando la reintegración del niño o niña a su familia biológica no es posible y que otras soluciones locales han sido exploradas.

Como lo promueven la *CDN* (arts. 3, 8 y 20) y las *Directrices de Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños* (Directrices), en aquellas situaciones en las que un niño o niña ya no puede ser cuidado por sus padres, la opción de acogimiento alternativo que debería ser prioritaria es la posibilidad de que el niño o niña permanezca con su familia extensa, comprobadas las ventajas de un entorno familiar y con base en su derecho a preservar su identidad y sus vínculos familiares.

El acogimiento por familiares es definido en el párrafo 28.c).i) de las *Directrices*, como el "acogimiento en el ámbito de la familia extensa del niño o con amigos íntimos de la familia conocidos del niño, de carácter formal o informal".

Según el informe de 2019 de *Family for Every Child*[9], aproximadamente uno de cada 10 niños y niñas en el mundo es acogido por un familiar, en la mayoría de los casos por sus abuelos[10]. Esta práctica, que se organiza, en su mayor parte, de manera informal, está muy presente en muchos contextos nacionales[11]. En algunos Estados, como Indonesia, el Reino Unido o Ruanda, los niños y niñas tienen 20 veces más probabilidades de ser acogidos por su familia extensa o amigos cercanos que en otra modalidad de acogimiento alternativo[12]. Cabe mencionar que, en algunos Estados, para poder acoger a un niño o niña de su familia, las personas que acogen a los niños y niñas deben previamente haber sido acreditadas como familias de acogida.

En numerosas culturas, en su modalidad espontánea, el acogimiento en la familia extensa se asemeja a una "adopción", aunque no se haya respetado ningun formalismo jurídico (*véase la Sección I.3*). No obstante, el acogimiento en el extranjero con la familia extensa puede, al igual que el acogimiento nacional en la familia extensa, contemplarse fuera del marco de la adopción (*véase la Sección II.*).

En los Estados de tradición islámica, en los que la adopción está generalmente prohibida, el acogimiento por la familia extensa puede tomar la forma de una *kafala*[13].

8 *Supra* 3.

9 Family for Every Child (2019). *La paradoja del acogimiento por familiares. La opción de cuidado más valorada pero que recibe menos recursos: un estudio global.* Disponible en: https://www.familyforeverychild.org/Handlers/Download.ashx?IDMF=4a3ae839-28f1-4791-9acf-96b0955d9a16. El informe también está disponible en inglés, y existe un resumen ejecutivo en árabe, francés, griego y portugués.

10 *Íbid*, pág. 5.

11 *Íbid.*

12 *Íbid.*

13 Para más información sobre la *kafala*, véase también la publicación de investigación comparativa sobre este tema que el SSI/CIR publicará próximamente.

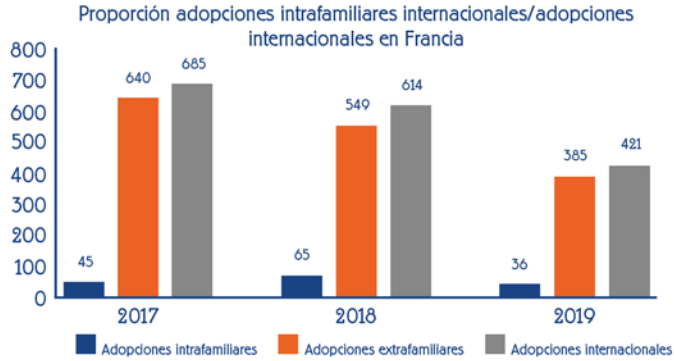
2. Estadísticas

En términos de la recopilación de estadísticas sobre las adopciones intrafamiliares (tanto por familiares como por el o la cónyuge del padre o de la madre), queda evidente que hay camino para la mejora. Puesto que la práctica sigue presentando varios desafíos (*véase la Sección III.1*), es importante que todos los Estados que lleven a cabo adopciones internacionales examinen detenidamente cualquier tendencia, con el fin de poder responder adecuadamente. Por ello, el SSI/CIR alienta a todos los Estados que actualmente no están recopilando estadísticas a considerar esta cuestión y a seguir los pasos de Francia y Alemania, que ya cuentan con sistemas sólidos en esta materia. Dada la generalizada escasez de estadísticas detalladas sobre el tema, es difícil extraer conclusiones precisas en términos de las tendencias y proporciones de las adopciones intrafamiliares. Con base en la información recopilada, sin embargo, pueden emitirse algunas observaciones.

Observación 1: El número y la proporción de adopciones intrafamiliares en relación con todas las adopciones internacionales varían entre Estados

Parece que, si bien las cifras de adopción internacional están disminuyendo en la mayoría de los Estados, las adopciones internacionales intrafamiliares parecen incrementar de forma proporcionada en unos pocos Estados de recepción.

Por ejemplo, en Francia, la proporción de las adopciones internacionales intrafamiliares, entre ellas también aquellas por el o la cónyuge del padre o de la madre, incrementó de 6.6% de todas las adopciones internacionales en 2017 a 10.59% en 2018, y un poco menos en 2019 con 8.6%, como lo demuestra el cuadro a continuación.



De igual manera, Alemania llevó a cabo 685 adopciones internacionales entre 2015 y 2018, entre ellas 90 adopciones intrafamiliares. Específicamente, las adopciones intrafamiliares representaban 11.79% de las adopciones internacionales en 2015 y alcanzaron casi 15% en 2018[14]. Si bien el Cantón de Berna (Suiza) no pudo proporcionar estadísticas, la Autoridad Central también manifestó que las adopciones intrafamiliares estaban en aumento.

Por el contrario, a pesar de que las adopciones intrafamiliares representan cifras significativas en Francia y Alemania, varios Estados de recepción parecen llevar a cabo números mucho menores por distintas razones.

- Los Estados de recepción que reciben pocas solicitudes

Armenia confirmó que las cifras eran insignificantes y únicamente se referían a las adopciones por el o la cónyuge del padre o de la madre[15]. Asimismo, Chipre confirmó que tramitaba estos casos en pocas ocasiones. De igual manera, en Malta, el organismo acreditado en materia de adopción (OAA) *Foundation for Social Welfare Services* mencionó que recibe pocas solicitudes. Por ejemplo, en 2019, recibió cuatro solicitudes para la adopción de sobrinas y sobrinos, con solo dos solicitudes aún pendientes en relación con Tailandia y Rusia. En cuanto a España, tres de sus Comunidades Autónomas identificaron tendencias similares a las anteriores. Castilla y León declara que nunca se ha enfrentado a un caso de este tipo y Andalucía identificó únicamente dos casos de adopción de sobrinos menores de cinco años en Colombia. La Comunidad de Madrid mencionó, específicamente, que este tipo de adopción representa una parte insignificante de las adopciones, puesto que, si bien se han llevado a cabo más de 10,000 adopciones internacionales desde principios de los años 1990, únicamente en cinco casos se ha tratado de adopciones intrafamiliares. En todos los casos, se trataba de la adopción de sobrinas o sobrinos o de niños y niñas muy pequeños

14 Según las estadísticas proporcionadas por la AC federal de Alemania: 2015: 212 adopciones internacionales, de las cuales 25 fueron intrafamiliares (11.79%); 2016: 207 adopciones internacionales, de las cuales 26 fueron intrafamiliares (12.56%); 2017: 158 adopciones internacionales, de las cuales 23 fueron intrafamiliares (14.56%); 2018: 108 adopciones internacionales, de las cuales 16 fueron intrafamiliares (14.81%). Cabe destacar que estas cifras excluyen las adopciones independientes y privadas, para las cuales la AC federal no cuenta con estadísticas.

15 En 2018, 27 niños y niñas fueron adoptados, pero en ninguna de estas adopciones se trató de una adopción intrafamiliar. A septiembre de 2019, ocho adopciones habían sido finalizadas, de las cuales nuevamente ninguna fue intrafamiliar. No obstante, la AC señala que, al mismo tiempo, se estaban examinando los expedientes de tres adopciones del hijo o hija del o de la cónyuge.

por una persona residente en Madrid con orígenes de América Latina.

En Suiza, parece que se están tramitando actualmente menos casos intrafamiliares en algunos cantones. Por ejemplo, el Cantón de Vaud menciona que recibe dos a tres casos al año. La AC cantonal explica que esta baja cifra se debe al hecho de que ya no interviene en casos en los que el niño o niña aún tiene a su padre o madre, al menos que el padre o madre no pueda cuidar del niño o niña, que este ya no viva con sus padres biológicos y que estos hayan firmado el consentimiento para la adopción. En el Cantón del Jura, se tramitaron tres adopciones intrafamiliares de un total de 20 adopciones internacionales.

- Estados de recepción que reciben varias solicitudes pero siguen adelante con pocos expedientes

En Bélgica, tanto la Comunidad Francesa como la Comunidad Flamenca reciben un número significativo de solicitudes de adopción intrafamiliar, pero de acuerdo con el procedimiento específico establecido (*véase la Sección III.2*), únicamente siguen adelante con un número reducido de ellas. Por ello, en la Comunidad Flamenca, durante el periodo 2008 – 2018, hubo 369 solicitudes de adopción intrafamiliar, de las cuales únicamente 21 expedientes de niños y niñas fueron aprobados (6%). De forma similar, en la Comunidad Francesa, en el mismo periodo, se registraron 306 adopciones intrafamiliares para los cursos preparatorios, pero únicamente 84 PAP siguieron adelante con la fase de preparación en sí y 69 PAP presentaron un expediente a la AC. Finalmente, solo 21 adopciones por familiares fueron finalizadas, en comparación con el número total de 1 300 adopciones internacionales (1.61%). La Comunidad Germanófona mencionó que tenía únicamente dos casos pendientes en 2019[16].

Es interesante que Luxemburgo mencionara que, a pesar de recibir muchas solicitudes de adopciones intrafamiliares, la AC no concluyó ningún caso en años recientes. Esto se explica por el hecho de que se trate principalmente de proyectos de adopción de un niño o niña de la familia alejada (cuarto grado o más) o de un niño o niña que no requiere una adopción internacional. La AC señala que se trata generalmente de un niño o niña, que es parte de un grupo de hermanos o hermanas, que vive con su familia inmediata, y para quien la adopción internacional no redundaría en su interés superior. No obstante, este procedimiento es, a veces, eludido y la AC tiene conocimiento de dos casos en los que los adoptantes obtuvieron una decisión de adopción local y luego un exequátur en Luxemburgo (*véase la Sección III.1.1.3*).

- Un Estado de recepción que no permite la adopción internacional intrafamiliar

En los Países Bajos, no es posible adoptar a un niño o niña mediante una adopción internacional intrafamiliar, por lo que no hay ningún caso (*véase la Sección III.2.2.1*). No obstante, existe la posibilidad de considerar al niño o niña como un niño o niña acogido por la familia extensa y de solicitar un permiso de residencia que permita al niño o niña vivir en el país.

Al igual que en los Estados de recepción, las adopciones internacionales intrafamiliares tampoco parecen presentar tendencias consistentes en la adopción internacional de los Estados de origen. Hay Estados donde las cifras son limitadas, y otros para

16 La Comunidad Germanófona señaló únicamente dos casos pendientes en 2019, pero cabe mencionar que tiene una competencia territorial limitada.

los cuales las adopciones internacionales intrafamiliares representan un número más significativo. En Colombia, la adopción intrafamiliar es más importante a nivel nacional que a nivel internacional, lo cual indica que el principio de subsidiariedad es respetado. Por ello, excluyendo las adopciones de hijos o hijas del cónyuge, entre 2015 y 2019, Colombia llevó a cabo 258 adopciones nacionales intrafamiliares y 22 adopciones internacionales intrafamiliares, de las cuales cuatro fueron tramitadas en 2015, ocho en 2016, cinco en 2017 y 2018 y ninguna en 2019. Letonia mencionó que las adopciones internacionales intrafamiliares eran muy poco comunes.

Por otra parte, en algunos Estados de origen, la proporción de las adopciones intrafamiliares es mucho más elevada. Por ejemplo, en Filipinas, parece que la proporción de adopciones intrafamiliares se mantiene estable y incluso está aumentando. Entre enero y junio de 2019, alcanzó 16.5% de las adopciones internacionales, mientras que en 2016 fue de 6.1%. Asimismo, en Togo, entre 2014 y 2018, se llevaron a cabo 200 adopciones, de las cuales 99 fueron nacionales y 101 internacionales. Entre las adopciones nacionales, 87 fueron extrafamiliares (87.9%) y 12 fueron intrafamiliares (12.1%). Por otra parte, de las 101 adopciones internacionales, 61 fueron extrafamiliares (60.39%) y 40 fueron intrafamiliares (39.61%). Además, en Vietnam, entre 2011 y junio de 2019, hubo 905 casos de adopción internacional intrafamiliar del total de 3 293 adopciones internacionales, representando por tanto más del 27.4%.

Observación 2: El número de adopciones internacionales intrafamiliares es más elevado en algunos Estados de origen donde la adopción es permitida, en particular en África y algunos Estados en Asia

Para las AC europeas, parece que un número significativo de niños y niñas adoptados en el contexto intrafamiliar proceden de África. Para los Estados francófonos, podría pensarse que el idioma y los vínculos históricos facilitan la migración de familias.

En la Comunidad Flamenca de Bélgica, las adopciones intrafamiliares proceden de Colombia, Filipinas, Ghana, Guinea-Bisáu, Haití, Liberia, Moldavia, Nigeria, Rusia, Sierra Leone y Tailandia. En la Comunidad Francesa de Bélgica, la gran mayoría de las adopciones intrafamiliares proceden de África (83%), y luego de Europa del Este (11.5%). Las solicitudes de otras regiones, como del Sudeste Asiático (4%) y América Latina (1%) son pocos comunes. Entre uno y tres niños o niñas fueron adoptados en Benín, Camerún, la República del Congo (Brazzaville), Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Senegal y Togo. Además, un número mayor de niños y niñas fueron adoptados de Burkina Faso (4), Burundi (6), Madagascar (5), la República Democrática del Congo (10) y Ruanda (7).

Asimismo, en Francia, la mayoría de las solicitudes están relacionadas con África. La AC francesa menciona que los cinco principales Estados de origen de las adopciones intrafamiliares son la Costa de Marfil (93 niños y niñas fueron adoptados por familiares en un periodo de cuatro años), Camerún (59 niños y niñas), Madagascar (17 niños y niñas), la República del Congo y la República Democrática del Congo (15 niños y niñas) y Togo (13 niños y niñas). Esta tendencia ha sido confirmada por el OAA *Agence Française de l'Adoption*, el cual señala que, desde 2013, ha finalizado 58 adopciones intrafamiliares, de las cuales 47 procedían de África (es decir el 81%),

principalmente de Madagascar (50%) y Togo (25%). Cabe mencionar también que, según las estadísticas de la AC para el año 2019, la mayoría de estos procedimientos tuvieron lugar en Estados que no son contratantes del Convenio de La Haya de 1993 (58.3%).

En Alemania, la mayoría de las solicitudes de adopciones internacionales intrafamiliares también proceden de África (Ghana, Nigeria, Togo) así como de Asia (Filipinas, India, Tailandia, Vietnam). Una explicación podría ser el número bastante significativo de inmigrantes de India, por ejemplo[17]. En España, parece ser que las pocas adopciones intrafamiliares que ocurren proceden de América Latina (véase más arriba). En Suecia, los niños y niñas proceden principalmente de África, Europa del Este y Tailandia.

Observación 3: Las solicitudes de adopciones internacionales intrafamiliares están relacionadas con Estados de origen en los que las adopciones generalmente no son permitidas

Alemania mencionó que recibe cierta cantidad de consultas acerca de la adopción internacional intrafamiliar de familiares de Marruecos, Pakistán, Túnez, etc. A excepción de Túnez, el marco normativo de estos Estados está fundamentado en la *Sharia,* la cual no permite la adopción. Por ello, es alentador que Alemania no permita las adopciones intrafamiliares en estos casos. Alemania reconoció que podría ser más compatible considerar un acogimiento transfronterizo mediante kafala, como lo plantea el artículo 3.e) del *Convenio de La Haya de 1996* (*véase la Sección II.1.3*)[18].

Observación 4: El perfil de los niños y niñas varía considerablemente en las adopciones internacionales intrafamiliares, aunque generalmente son mayores, en particular en las adopciones del hijo o hija del o de la cónyuge

El perfil de los niños y niñas adoptados por familiares varía considerablemente de un Estado a otro. Francia, Alemania y Vietnam registran que los niños y niñas adoptados por familiares son, en su mayoría, mayores. En 2019, por ejemplo, en Francia, 44.4% de los niños y niñas adoptados mediante una adopción intrafamiliar tenían entre seis y 10 años, 30.6% eran mayores de 15 años y 13.9% tenían entre 11 y 14 años. En particular en la adopción por el o la cónyuge del padre o de la madre, en 2018, 39.5% de las adopciones intrafamiliares eran de niños y niñas de entre seis y 10 años, 25.6% de niños y niñas de entre 11 y 14 años y 23.3% de niños y niñas mayores de 15 años.

Por su parte, Vietnam menciona que las adopciones intrafamiliares, a menudo, son decididas respecto de niños y niñas que están viviendo con sus familias biológicas y/o extensas con recursos limitados. Parece que, en estos casos, las cuestiones de protección no sean la razón principal para la separación, sino más bien las necesidades materiales. Esta separación debida únicamente a la "pobreza" es contraria a los estándares internacionales (*véase la Sección III.2.2.1*).

Observación 5: Las adopciones intrafamiliares pueden implicar procedimientos riesgosos

Las estadísticas de Francia para el año

17 Véase: https://www.statista.com/statistics/894238/immigrant-numbers-by-country-of-origin-germany/.

18 Véase: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=70.

2018 demuestran que la gran mayoría de las adopciones intrafamiliares fueron adopciones independientes (78%), lo cual es considerablemente más alto que la proporción de otras adopciones independientes (22.1%). La naturaleza de estas adopciones preocupa, puesto que las *Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial de 2015,* en su párrafo 46, señalaron que *"[l]a CE hace referencia a las C&R N° 22 y 23 de la CE de 2010 y recuerda que las adopciones privadas e independientes no son compatibles con el Convenio, por lo cual insta a los Estados contratantes a avanzar hacia la eliminación de este tipo de adopciones"*[19] (*véase la Sección III.1.1.4*).

Observación 6: Fracasos

Las respuestas al cuestionario del SSI/CIR muestran que se han registrado varios casos de fracaso en las adopciones intrafamiliares, tanto en los Estados de origen como de recepción. Estas situaciones de fracaso no son sorprendentes, puesto que estas adopciones intrafamiliares llegan a realizarse en condiciones que aumentan los factores de riesgo (véanse las observaciones 3 a 5 mencionadas anteriormente). No obstante, parece que pocos Estados cuentan con estadísticas sobre estos fracasos. El SSI/CIR alienta a los Estados a establecer mecanismos de recopilación de estadísticas en materia de fracaso[20]. Además, invita a desagregarlas, en particular haciendo una distinción entre las adopciones intrafamiliares y las adopciones "clásicas", y luego, para las adopciones intrafamiliares, utilizando otros indicadores pertinentes, como la edad, el grado de parentesco con los PAP, el hecho de que el niño o niña vivía (o no) previamente con su familia biológica, etc.

Varios Estados han mencionado casos en los que, a raíz de un fracaso en la adopción, el niño o niña regresó a vivir a su Estado de origen. En particular, **un Estado de recepción observó que, de las situaciones de fracaso de las que ha tenido conocimiento, 64% de los niños y niñas habían regresado a su Estado de origen cuando se trataba de una adopción intrafamiliar, mientras que solo 4% lo habían hecho en los fracasos de adopciones extrafamiliares.** Este último especifica que, en la mayoría de los casos, los niños y niñas han sido regresados a sus padres biológicos a petición de los padres adoptivos o a su modalidad de acogida antes del desplazamiento, fuera de cualquier concertación con las AC y autoridades locales de los Estados de origen y de recepción.

Otro Estado de recepción señala que, en los casos de fracaso de las adopciones internacionales intrafamiliares, busca fomentar, siempre y cuando aún es posible y seguro, el regreso del niño o niña a su familia biológica o su Estado de origen, en vez de un acogimiento con personas ajenas o en una institución en el Estado de recepción. En este Estado, cuando un niño o niña ha adquirido la nacionalidad o cuenta con un permiso de estancia, mantiene este estatus, de conformidad con el principio de no discriminación. Un Estado de origen señala que, en estas situaciones, los niños y niñas generalmente han regresado al país, sea de forma voluntaria, o en coordinación con la AC. Este regreso, a veces, ha sido provisional, otras veces definitivo. Otro Estado de origen únicamente tiene registro de un caso de fracaso de una adopción internacional intrafamiliar y, en este caso, el niño regresó a su Estado de origen con su familia.

19 *Supra* 2.

20 Jeannin, C. (Ed.) (2017). *Fortaleciendo las competencias: Aprender de los fracasos en la adopción internacional.* Ginebra, Suiza: SSI. Págs. 31 a 38. Disponible en: https://www.iss-ssi.org/images/Publications_ISS/ESP/ICA_Breakdowns_ESP.pdf.

3. Aspectos culturales

La práctica de la adopción intrafamiliar implica una fuerte influencia de los distintos conceptos de parentesco y de familia. Como lo explica un estudio llevado a cabo en Quebec (Canadá), el concepto cultural del parentesco en Occidente implica que el niño o niña procede de una sola pareja parental y que los padres son, de alguna manera, titulares de derechos exclusivos. Al contrario, en muchas otras sociedades, las funciones parentales pueden ser compartidas entre varias personas y no ser ejercidas por los padres biológicos, sin que estos pierdan su calidad de padres[21]. Si bien la adopción intrafamiliar permite organizar la circulación del niño o niña en el seno de su familia, también replantea la filiación y se conjuga por tanto a veces difícilmente con estas prácticas culturales.

Además, en muchas culturas, el niño o niña no lo es únicamente de la pareja, sino también del linaje y, a veces de forma más amplia, de la comunidad. Esto es el caso, en particular, en África, como lo demuestra el dicho africano: *"Se necesita una aldea para criar a un niño".*

Como lo explica Alphonsine Sawadogo, antigua Directora de la AC burkinesa (véase el cuadro adjunto)[22], en muchos Estados africanos, la adopción intrafamiliar constituye una obligación socio-cultural arraigada en la pertenencia del niño o niña a la familia extensa y en la solidaridad familiar.

Como lo señala Valérie Delaunay, este sistema de pertenencia del niño o niña al linaje más que a la pareja implica una circulación de los niños y niñas al seno del parentesco en el sentido amplio. Este sistema tradicional

21 Ouellette, F.-R., Collard, C., Lavallée, C., Cardarello, A., Garnon, G., Méthot, C., Mossière, G., St-Pierre, J. (2005). *Les ajustements du droit aux nouvelles réalités de l'adoption internationale.* Montreal, Canadá: INRS Centre – Urbanisation Culture Société, en particular pág. 62. Disponible en: http://espace.inrs.ca/id/eprint/5010.

22 Sawadogo, A. (2011). *La adopción intrafamiliar en el contexto africano en general, y burkinés en particular.* En: Boletín Mensual del SSI/CIR, no. 3-4/2011, marzo-abril de 2011. Al momento de su redacción, Alphonsine Sawadogo era la Directora de Acogimientos y Adopciones en la AC de Burkina Faso, puesto del que fue titular de 2007 a 2013.

de circulación de niños y niñas abarca desde el simple hecho de confiar al niño o niña temporalmente a otra persona hasta la donación exclusiva de un niño o niña, que se traduce en su "adopción". No obstante, incluso cuando la donación de un niño o niña es exclusiva, y que la transferencia de responsabilidades es total, no existe una ruptura con los padres biológicos. Estas prácticas ocurren en un modo de organización social y familiar concebido sobre el principio de una distribución de las cargas sobre el conjunto de la red familiar y que pretende crear o fortalecer las relaciones de ayuda mutua y los vínculos de parentesco[23].

La adopción intrafamiliar en el contexto africano en general, y burkinés en particular

"En África en general y especialmente en Burkina Faso, el niño es una herencia comunitaria. Pertenece en primer lugar a la gran familia (familia extensa) antes que a sus padres biológicos. Esta pertenencia encubre una realidad social que tiene como consecuencia e implicación un deber de protección y educación del niño en términos de satisfacción de sus necesidades vitales (necesidad de socialización, necesidades de mantenimiento, etc.) por parte de los miembros de la comunidad. Esta norma es inamovible y se perpetúa de generación en generación. Establecida así la norma, cada miembro de la comunidad a su nivel desempeña su papel de educador (tío/a, sobrino/a, abuelo/a, etc.). Es por esta razón que no es raro ver parientes tanto dentro del país (viviendo en las ciudades o en otro pueblo en el campo) como afuera (viviendo en Europa por ejemplo) llevarse con ellos niños de la gran familia para garantizar sus necesidades. Eso es aún más notable cuando el pariente tiene mejores condiciones de vida. Cada uno tiene el deber de ayudar a los otros. Todo el mundo está educado en esta cultura y debe respetarla bajo pena de ser excluido o de autoexcluirse del grupo, de la raza (…). Todas estas prácticas predisponen a la gente a practicar la adopción intrafamiliar ya que en su subconsciente el concepto jurídico de la adopción que tienen los países de acogida (europeos, norteamericanos, etc.) es sólo secundario. Se establece la filiación del niño con relación a sus padres biológicos de derecho pero a nivel sociocultural, en la vida práctica, el niño pertenece a un tercero (tío/a, coesposa, abuelo/a, etc.). (…) La adopción intrafamiliar es una obligación en nuestro contexto sociocultural ya sea dentro o fuera de la sociedad. El recurso a la adopción en el sentido moderno no es más que la puesta en conformidad del procedimiento con los textos que regulan la adopción en los países de acogida."

Esta práctica de la donación de niño o niña también se puede encontrar en Oceanía, en particular en la cultural melanesia del Pacífico y en Polinesia. Como lo explica la Dra. Marie-Odile Pérouse de Montclos, *"[e]n la comunidad melanesia, el individuo es un instrumento del vínculo social que únicamente existe en relación con los demás, su clan, su tierra. Esta concepción del individuo se aplica al niño o niña desde la más temprana edad (…). La adopción consuetudinaria, que revela mecanismos*

23 Delaunay, V. (2009). *Abandon et prise en charge des enfants en Afrique : une problématique centrale pour la protection de l'enfant.* En: *Mondes en développement*, 2009/2 (no. 146), págs. 33-46. Disponible en: https://www.cairn.info/revue-mondes-en-developpement-2009-2-page-33.htm.

relacionales ricos y complejos, tiene por objeto mantener un equilibrio social, cultural y territorial. Es parte de una lógica de intercambio entre clanes o dentro de un mismo clan, entre vecinos cercanos o lejanos, a través de la cual la reciprocidad de las donaciones encuentra su importancia, no en la calidad de los bienes intercambiados, sino en la relación que genera. Cuando se realiza dentro de la familia, esta transferencia forma parte de una doble relación de integración en el grupo y con sus padres, y representa mucho más que la respuesta al deseo de tener un hijo o hija"[24]. Respecto de Polinesia, la circulación de un niño o niña también es una práctica común y tradicional conocida con el nombre de *"faamu'ra"*, compuesto por *"fa'a"* que significa hacer y por *"amu"* que significa alimentar. Esta circulación de niño o niña, con una función originalmente de alimentación, se organiza general y tradicionalmente en el seno de la familia o con personas cercanas. La situación puede ser temporal o definitiva, pero supone que los contactos del niño o niña con su familia biológica nunda deben interrumpirse.

Además, el estudio llevado a cabo por investigadoras de Quebec (Canadá) que se mencionó anteriormente demuestra que, en muchas culturas, en nombre de la ayuda mutua familiar, *"es parte de los deberes de los padres el de proporcionar un niño o niña a un miembro de la familia que no pueda tenerlo"*[25]. Señala que, en aquellos Estados en los que los vínculos de sangre son fuertes y en los que la adopción a menudo es estigmatizada o escondida, como Haití, India y Filipinas[26], se van a encontrar más casos de adopciones intrafamiliares vinculadas a la infertilidad. Al respecto, las investigadoras hacen mención de un estudio realizado en India en 2005 en 332 mujeres infértiles. Entre ellas, 10% había adoptado a un niño o niña. Siempre se trató de una adopción informal, al interior de la familia. Estas mujeres consideraban que *"de lo contrario, la adopción sería inútil, y que un niño o niña ajeno no podría proporcionar el mismo amor y la misma seguridad en la vejez que un niño o niña emparentado"*[27]. De igual manera, las investigadoras mencionan el testimonio de una adoptante congoleña que decía que nunca hubiera adoptado a un niño o niña ajeno[28]. En estos casos, es verdaderamente la donación del niño o niña, y no su abandono, la que fundamenta la práctica de la adopción intrafamiliar, cuestionando por tanto su sentido como medida de protección a la niñez.

Ante estas diferencias culturales mayores, se impone un diálogo, en particular en el marco de la próxima Comisión Especial, con el fin de que los Estados puedan compaginar enfoques a la vez respetuosos de los valores tradicionales descritos anteriormente, y conformes a los derechos de los niños y niñas establecidos en los estándares internacionales ratificados por la mayoría de ellos (*véase la experiencia de Togo en la Sección III.2.2.1*).

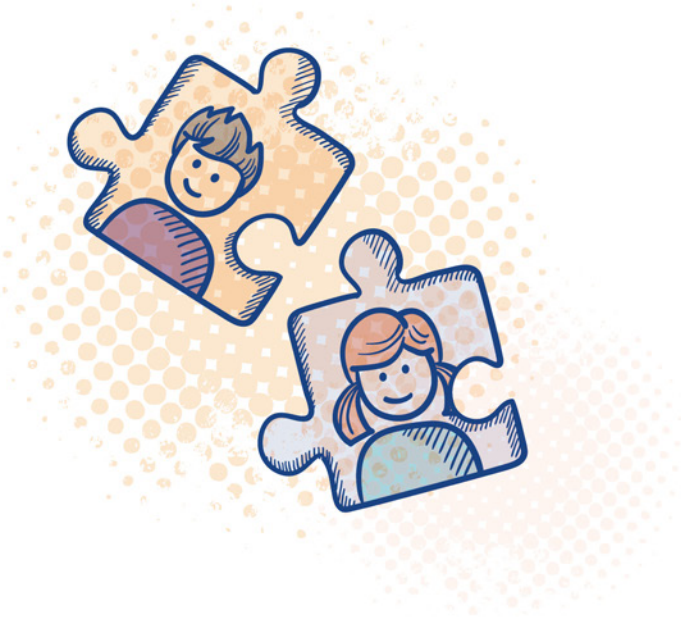
24 Pérouse de Montclos, O. (2019). *Los niños y niñas adoptados de conformidad con la costumbre en la comunidad canaca.* En: Boletín Mensual del SSI/CIR, no. 228, enero de 2019.

25 *Supra* 21, en particular pág. 58.

26 *Ibíd*, pág. 63.

27 *Ibíd*, pág. 58.

28 *Ibíd*, pág. 63.



II. Consideraciones jurídicas

1. Marco internacional

1.1 Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño a la adopción intrafamiliar

A la luz de todos los principios relativos a la adopción en la *CDN*, el artículo 20(3) proporciona argumentos a favor de las adopciones intrafamiliares. Cuando un niño o niña se encuentre privado de su familia, *"[e]ntre 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"***. Las adopciones intrafamiliares permiten la continuidad, dando prioridad a las familias con la misma residencial habitual que el niño o niña. No obstante, puesto que las adopciones pueden conllevar una interrupción innecesaria de los vínculos familiares, otras opciones de cuidado, como el acogimiento por familiares o el acogimiento familiar ajeno, pueden llegar a preservar mejor los vínculos genealógicos. La identificación de la respuesta más idónea dependerá de las leyes nacionales de cada Estado (*véase la Sección II.2*) así como de las necesidades individuales de cada niño o niña.

1.2 Aplicación del Convenio de La Haya de 1993 a las adopciones internacionales intrafamiliares

En los términos de su artículo 2, el Convenio de La Haya de 1993 es aplicable a todas las adopciones que crean un vínculo de filiación, siempre y cuando estas impliquen el desplazamiento del niño o niña de su Estado de residencia habitual hacia el de los PAP. Las adopciones intrafamiliares no están excluidas de este campo de aplicación.

La cuestión de la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 a las adopciones intrafamiliares ha sido debatida desde su elaboración. Así, durante los trabajos preparatorios, Alemania había propuesto excluir del campo de aplicación del Convenio aquellos casos en los que los PAP y el niño o niña son familiares o colaterales hasta el cuarto grado[29]. Durante la sesión diplomática, su representante había expuesto que la exclusión de las adopciones intrafamiliares era de importancia capital para su Estado, con el fin de permitir la aplicación de normas más flexibles para las adopciones entre parientes o al interior de una misma familia. Esta propuesta, también apoyada por Austria, sin embargo, se topó con la oposición de Israel, Finlandia y Filipinas. Estos últimos habían señalado que la persona adoptada necesitaba protección, fuera por un miembro de la familia o no, y que nada garantizaba que los niños y niñas no fueran víctimas, en las adopciones intrafamiliares, de los abusos que el Convenio pretendía prevenir[30]. Durante el voto, la propuesta alemana fue rechazada, de tal manera que **la adopción intrafamiliar se encuentra efectivamente en el campo de aplicación del Convenio de La Haya de 1993.**

Sin embargo, como lo señala el *Informe explicativo*[31], el Convenio reserva a las adopciones intrafamiliares un tratamiento particular en relación con algunos elementos:

- **el artículo 26.1.c)** permite una ruptura del vínculo preexistente de filiación entre el niño o niña y sus madre y padre, pero no con los demás miembros de la familia,
- **el artículo 29** prevé una excepción a la prohibición de los contactos entre los PAP y los padres del niño o niña o cualquier otra persona que asuma su custodia.

Además, la *Guía de Buenas Prácticas no. 1: La Puesta en Práctica y el Funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional* (GBP1) también aporta, en varias ocasiones, aclaraciones útiles sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 a las adopciones internacionales intrafamiliares. **El capítulo 8.6.4 (párrs. 511 a 518) trata específicamente de la aplicabilidad del Convenio de La Haya de 1993 a las adopciones internacionales intrafamiliares[32] y el capítulo 8.6.5 (párr. 519) de su aplicabilidad a la adopción por el o la cónyuge del padre o de la madre[33].**

29 Véase el documento de trabajo no. 13, presentado por Alemania. Disponible en *Proceedings of the Seventeeth Session (1993)*, Tomo II, Adoption – Cooperation, pág. 298. Disponible en: https://assets.hcch.net/docs/d9254027-0a77-402a-a053-4dc765cddb8.pdf.

30 Véase el acta no. 2, Sesión del martes 11 de mayo de 1993. Disponible en *Proceedings of the Seventeeth Session (1993)*, *Íbid*, pág. 362.

31 Parra-Aranguren, G. (1993). *Informe explicativo del Convenio de 1993 relativo a la Protección de Niños y a la Cooperación en materia de adopción internacional*, párr. 92.

32 HCCH (2008). *Guía de Buenas Prácticas no. 1: La Puesta en Práctica y el Funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional*. Véase, en particular, el capítulo 8.6.4 – ¿Las adopciones internacionales "por familiares" (denominadas algunas veces "intrafamiliares") están dentro del ámbito de aplicación del Convenio?, págs. 121-122. Disponible en: https://assets.hcch.net/docs/6067c417-6748-4125-b6dc-28ed5dcefdd4.pdf.

33 *Íbid*, Capítulo 8.6.5 – *Adopción del hijo del cónyuge*, pág. 118.

Guía de Buenas Prácticas no. 1

Párr. 148. Si la Autoridad Central debe ejercer el control del procedimiento de adopción (arts. 14 a 22), eliminar los obstáculos (art. 7(2) b)) y erradicar todas las prácticas contrarias a los objetivos del Convenio (art. 8), también debe contar con los poderes suficientes para cumplir con estos propósitos. En algunos Estados la Autoridad Central puede necesitar además poderes adicionales para abordar las adopciones por familiares (adopción de un niño por un miembro de su familia) conforme al Convenio.

Párr. 312. Los requisitos procedimentales para toda adopción internacional conforme al Convenio se establecen en los artículos 14 a 22 del mismo (capítulo IV). Estas normas son obligatorias y deben observarse para toda adopción, incluidas las adopciones por familiares.

Estos capítulos recuerdan útilmente el rol crucial de las AC y el hecho que se apliquen todas las condiciones de procedimiento, entre ellas el informe relativo a los PAP del artículo 15. Otras referencias útiles a la temática de las adopciones intrafamiliares se encuentran en los párrafos 52, 148, 312, 359, 487 y 489.

Además de la GBP1, las Conclusiones y Recomendaciones de las Comisiones Especiales han reiterado en varias ocasiones la aplicación del Convenio de La Haya (véase el cuadro a continuación).

En la práctica, la gran mayoría de los Estados aplican el Convenio de La Haya de 1993 a las adopciones internacionales intrafamiliares, por ejemplo Alemania[34], Australia[35], Benín[36], la Comunidad Francesa de Bélgica[37], Cabo Verde[38], Camboya[39], China[40], Colombia[41], la República de Congo (Brazzaville)[42], Croacia[43], Eslovenia[44], España[45], Estados Unidos de América[46], Estonia[47], Finlandia[48], Francia[49], Grecia[50], Honduras[51], Irlanda[52], Lituania[53], Luxemburgo[54], Malta[55], México[56],

34 Perfil de País de la HCCH: Alemania (2018), Pregunta 24: https://assets.hcch.net/docs/c111f0f7-bd60-4a7f-9be2-0880226f5f53.pdf.
35 Perfil de País de la HCCH: Australia (2019), Pregunta 24: https://assets.hcch.net/docs/49f2d977-03fd-47bf-8bb7-cd3ee534ba4b.pdf.
36 Perfil de País de la HCCH: Benín (2018), Pregunta 29: https://assets.hcch.net/docs/3d854a5b-b5e9-4a0f-9cad-bb35f2e9518a.pdf.
37 Véanse el Código Civil y el Código Judicial de Bélgica.
38 Perfil de País de la HCCH: Cabo Verde (2019), Pregunta 29: https://assets.hcch.net/docs/93a9fcd2-dbaf-447b-af81-a99449e5349c.pdf.
39 Perfil de País de la HCCH: Camboya (2018), Pregunta 29: https://assets.hcch.net/docs/e6baabc2-64af-4bc5-84b7-7d04adf93895.pdf.
40 Perfil de País de la HCCH: China (2019), Pregunta 29: https://assets.hcch.net/docs/7c03cfbb-288f-4260-a58f-397585e12728.pdf.
41 Perfil de País de la HCCH: Colombia (2020), Pregunta 29: https://assets.hcch.net/docs/a6d63493-6ac0-421c-b371-93d56deada6a.pdf.
42 Perfil de País de la HCCH: República del Congo (2019), Pregunta 29: https://assets.hcch.net/docs/9f4db4b1-a4d1-47f9-a042-98cd60b776d8.pdf.
43 Perfil de País de la HCCH: Croacia (2018), Pregunta 29: https://assets.hcch.net/docs/5f9e6104-4a72-4147-bf79-bb0f0ff0ce60.pdf.
44 Perfil de País de la HCCH: Eslovenia (2019), Pregunta 24: https://assets.hcch.net/docs/932a854c-5be5-4652-87b1-fef8f0140db7.pdf.
45 Véanse: Ley 54/2007 de Adopción Internacional y Decreto 282/2002 de 12 de noviembre de Acogimiento y Adopción.
46 Perfil de País de la HCCH: Estados Unidos de América (2018), Pregunta 29: https://assets.hcch.net/docs/9083739a-34c2-499c-923c-be4099c313e8.pdf.
47 Perfil de País de la HCCH: Estonia (2019), Pregunta 29: https://assets.hcch.net/docs/83a0210d-7f6f-4730-8a72-8aca761f1a47.pdf.
48 Perfil de País de la HCCH: Finlandia (2019), Pregunta 24: https://assets.hcch.net/docs/09d88396-4459-4379-a65f-4d1f86124585.pdf.
49 Perfil de País de la HCCH: Francia (2018), Pregunta 24: https://assets.hcch.net/docs/d12896ff-2831-4ff0-8a35-0217e6299c82.pdf.
50 Perfil de País de la HCCH: Grecia (2019), Pregunta 24: https://assets.hcch.net/docs/bc05860d-8964-416c-b31d-47363c884123.pdf.
51 Perfil de País de la HCCH: Honduras (2019), Pregunta 29: https://assets.hcch.net/docs/abadd79d-52ee-42af-8ee8-2dc689a12f3e.pdf.
52 Perfil de País de la HCCH: Irlanda (2019), Pregunta 24: https://assets.hcch.net/docs/f8cf0d71-4cef-4958-8593-5c7f1249b8e9.pdf.
53 Perfil de País de la HCCH: Lituania (2019), Pregunta 29: https://assets.hcch.net/docs/2363fe55-f1ed-4462-b382-57d17638a539.pdf.
54 Perfil de País de la HCCH: Luxemburgo (2019): https://assets.hcch.net/docs/fcc7776f-bf2a-49e0-81f3-c9116aac3257.pdf.
55 Perfil de País de la HCCH: Malta (2018), Pregunta 24: https://assets.hcch.net/docs/79adc9a0-f297-4450-8764-cb00fcf0fc13.pdf.
56 Perfil de País de la HCCH: México (2019), Pregunta 29: https://assets.hcch.net/docs/1aaee827-1b7c-4d72-922d-e82fe2b7372a.pdf.

Noruega[57], Nueva Zelanda[58], , Suiza[59], Togo[60] y Vietnam[61]. No obstante, es motivo de preocupación que algunos Estados señalaran que el Convenio de La Haya de 1993 no aplica, y que no se requieren orientación y preparación de los PAP, ni una preparación del niño o niña, en las adopciones internacionales intrafamiliares[62].

Si bien no existe la menor duda de la aplicabilidad del *Convenio de La Haya de 1993* a este tipo de adopción, la del **principio de subsidiariedad**[63] –un principio clave de la adopción internacional– plantea debates. Este principio, claramente inscrito en el Derecho Internacional –en particular en la *CDN* y en el *Convenio de La Haya de 1993*– se fundamenta en un enfoque en dos niveles, que pueden resumirse así:

- la adopción nacional es subsidiaria a toda medida que permite mantener al niño o niña o reintegrarlo a su familia de origen (primer nivel de subsidiariedad); y
- la adopción internacional es subsidiaria a la adopción nacional (segundo grado de subsidiariedad).

Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial de 2015

Párr. 32. Con respecto a la adopción intrafamiliar, la CE:

a. recuerda que las adopciones intrafamiliares están **comprendidas en el ámbito del Convenio**;

b. resalta la necesidad **garantizar el respeto de las salvaguardias del Convenio**, en particular, en el asesoramiento y en la preparación de los futuros padres adoptivos;

c. reconoce que el **procedimiento de asignación podría adaptarse a las características específicas** de la adopción intrafamiliar;

d. recomienda **evaluar la motivación de cada una de las partes para determinar si el niño** realmente necesita esa adopción;

e. reconoce que **es necesario evaluar la situación particular de cada niño** en lugar de asumir de forma automática que, ya sea una solución de acogimiento a nivel nacional o un acogimiento intrafamiliar, es lo más conveniente según el interés superior del niño.

57 Perfil de País de la HCCH: Noruega (2019), Pregunta 24: https://assets.hcch.net/docs/05230c10-c2b4-44a0-960f-0ee58cfd0a9d.pdf.
58 Perfil de País de la HCCH: Nueva Zelanda (2019), Pregunta 24: https://assets.hcch.net/docs/27ebd10b-53d2-4a97-bfaa-5d5d4ca5f820.pdf.
59 Perfil de País de la HCCH: Suiza (2018), Pregunta 24: https://assets.hcch.net/docs/eba55fac-e01d-4d25-850d-34f29fcf6f7d.pdf.
60 Perfil de País de la HCCH: Togo (2019): https://assets.hcch.net/docs/8a700f64-b730-43de-9d07-532781f1f3ff.pdf.
61 Perfil de País de la HCCH: Vietnam (2018), Pregunta 29: https://assets.hcch.net/docs/d063c818-e048-4d33-95e4-109fe9339868.pdf.
62 Perfil de País de la HCCH: Mauricio (2019): https://assets.hcch.net/docs/b45b60a5-f112-491c-a3f3-929b082a38af.pdf.
63 *Supra* 1.

1.2.1 Debate actual no. 1: ¿El principio de subsidiariedad siempre exige la consideración de una adopción nacional antes de una adopción internacional intrafamiliar?

Esta cuestión ha sido abordada por la HCCH en la *GBP1*, en particular en los párrafos 516 a 518[64] (véase el cuadro adjunto). Esta guía expone claramente que el principio del *Convenio de La Haya de 1993* que domina es el del interés superior del niño o niña, y no el de subsidiariedad (párr. 516). Por ello, una adopción por un miembro de la familia en el extranjero es más deseable que una adopción nacional, si y solo si redunda en el interés superior del niño o niña, lo cual conviene determinar caso por caso (párr. 517).

Las *discusiones en una de las sesiones simultáneas de la Comisión Especial de 2015* también abordaron las siguientes cuestiones:

- ¿De qué manera el principio de subsidiariedad debe aplicarse en el marco de las adopciones intrafamiliares?
- ¿Es mejor proceder a una adopción nacional, que permita al niño o niña permanecer en el Estado de origen, o que sea adoptado en el extranjero por miembros de su familia?

En esta ocasión, los Estados acordaron que no se podía ofrecer una respuesta general y que la situación debía someterse a una evaluación caso por caso, como lo destaca la Comisión Especial de 2015 en sus *Conclusiones y Recomendaciones*[65] (véase al cuadro en la página anterior).

Guía de Buenas Prácticas no. 1

Párr. 518. Otros factores pueden ser de relevancia. Por ejemplo, el niño puede no conocer a los familiares; el niño puede ser sujeto de órdenes de custodia o no ser necesaria la adopción, incluida la adopción internacional; algunos niños pueden ser tratados conforme al Convenio sobre Protección de los Niños de 1996 y ser trasladados al extranjero. La adopción formal de un niño mayor puede no ser necesaria y las medidas de protección permanente pueden ser satisfactorias; puede ser más difícil que un niño mayor se adapte a un cambio de país; algunas veces existe presión sobre las familias en el Estado de origen por parte de la familia en el Estado de recepción para que permitan la adopción internacional.

Esta cuestión debería, aparentemente, ser nuevamente el objeto de debates en la Comisión Especial de 2021, puesto que está incluida en el *punto 40 del cuestionario sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993 (Doc. Prel. No. 3, febrero de 2020).*

64 *Supra* 32, pág. 122.

65 Recomendación 32.e) de la Comisión Especial de 2015. *Supra* 2.

1.2.2 Debate actual no. 2: ¿El acogimiento del niño o niña por su familia extensa en el extranjero siempre debe tomar la forma de una adopción internacional?

Una segunda pregunta común es la de saber si la adopción internacional intrafamiliar es la respuesta mejor adaptada para el acogimiento del niño o niña por su familia extensa en el extranjero o si otras formas de acogimiento también pueden ser consideradas. A la luz de la *CDN* y de las *Directrices*, mientras el mantenimiento seguro del niño o niña en su familia o una (re)integración en su familia biológica es posible, ninguna adopción, sea la que sea, debe considerarse. Además, la adopción, en particular plena, implica un cambio a veces drástico en la filiación del niño o niña (*véase la Sección II.2.3*), lo cual cuestiona su adecuación con el interés de este último.

Por ende, **existen numerosas situaciones en las que un acogimiento transfronterizo del niño o niña en su familia extensa mediante una medida de protección que no extingue los vínculos podría ser más deseable que una adopción internacional intrafamiliar.** Esto puede ser el caso, en particular, para aquellos niños y niñas, cuyos padres biológicos aún están con vida, los niños y niñas mayores o las situaciones en las que solo una adopción plena (y no simple) podría plantearse o respecto de Estados que no reconocen el sistema de adopción.

Al respecto, la HCCH ha reiterado, en el párrafo 518 de la GBP1 (véase el cuadro en la página anterior) que algunas situaciones deberían resolverse mediante la puesta en práctica del *Convenio de La Haya de 1996* más que mediante un procedimiento de adopción internacional intrafamiliar.

Convenio de La Haya de 1996

Art. 33. 1. Cuando la autoridad competente en virtud de los artículos 5 a 10 prevea la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal por kafala o por una institución análoga, y esta colocación o este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado contratante, consultará previamente a la Autoridad Central o a otra autoridad competente de este último Estado. A este efecto le transmitirá un informe sobre el niño y los motivos de su proposición sobre la colocación o el acogimiento.

2. El Estado requirente sólo puede adoptar la decisión sobre la colocación o el acogimiento si la Autoridad Central u otra autoridad competente del Estado requerido ha aprobado esta colocación o este acogimiento, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

1.3 El recurso al Convenio de La Haya de 1996: Una solución a veces mejor adaptada

El Convenio de La Haya de 1996 prevé normas relativas a la competencia, el derecho aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección a la niñez.

Abarca una amplia gama de medidas civiles de protección a la niñez, toma en cuenta una gran variedad de figuras jurídicas y de sistemas de protección existentes, y se interesa por la protección transfronteriza de los niños y niñas. En particular, abarca[66]:

- la delegación de la autoridad parental,
- la tutela, la curatela y figuras análogas,
- el nombramiento y las funciones de cualquier persona u organismo encargado del cuidado de la persona o de los bienes del niño o niña, de representarlo o de asistirlo,
- el acogimiento del niño o niña en una familia de acogida o en un establecimiento, su acogimiento legal mediante *kafala* o una institución análoga.

En particular, el artículo 33 (véase el cuadro en la página anterior), cuyo funcionamiento es explicado en el *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños*[67], se interesa a la situación en la cual el niño o niña deberá ser objeto de un acogimiento en otro Estado. Bajo esta hipótesis, está previsto un procedimiento de consulta obligatoria entre AC, que tome en cuenta el interés superior del niño o niña para valorar el acogimiento[68]. Cuando este procedimiento no es respetado, el reconocimiento de la medida puede ser rechazado[69]. Este mecanismo, que se fundamenta en una cooperación estrecha entre las autoridades y depende de un informe que permita valorar las necesidades del niño o niña, se inspira de las disposiciones del Convenio de La Haya de 1993[70].

Si bien existe un debate sobre la aplicación del artículo 33 al acogimiento en la familia extensa, el SSI/CIR apoya su aplicación, la cual permite a las autoridades cooperar para garantizar que el acogimiento redunde en el interés superior del niño o niña[71].

66 Convenio de La Haya de 1996, art. 2.

67 HCCH (2014). *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños*. Disponible en: https://assets.hcch.net/docs/68be6d4e-f4b8-4a8e-b041-faaa17efb050.pdf. Véanse, en particular, los párrafos 11.13 a 11.17 (págs. 120-121) y 13.31 a 13.42 (págs. 153 a 159).

68 *Ibid*, párr. 11.16 (pág. 121).

69 *Ibid*, párr. 11.17 (pág. 121).

70 *Ibid*, párr. 13.40 (pág. 156).

71 *Ibid*, párr. 13.37-38 (pág. 155).

El SSI/CIR alienta a aquellos Estados que aún no lo hayan hecho a ratificar o adherirse al Convenio de La Haya de 1996, cuya puesta en práctica permitirá ofrecer alternativas al uso de la adopción intrafamiliar en situaciones en las que una adopción no sería apropiada, mientras mantienen una cooperación internacional estrecha.

1.4 Las Directrices de Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños

Las *Directrices* proporcionan el marco rector para el acogimiento de un niño o niña en su familia extensa. Mientras que las Directrices no se aplican específicamente a una adopción (véase el párrafo 30.b), son aplicables al proceso pre-adoptivo (p. ej., prevención mediante un apoyo a los padres en su rol de crianza, opciones nacionales), y, en particular, los párrafos 137 a 139 son aplicables a los acogimientos internacionales.

En este contexto, los *servicios de tratamiento de casos del Servicio Social Internacional* (SSI), presente en más de 120 países, pueden jugar un rol importante en acciones como las siguientes:

- Facilitar o llevar a cabo la evaluación de los miembros de la familia en el extranjero y/o la situación del niño o niña, al colaborar con las autoridades en los Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1996 o con las estructuras competentes en los Estados no contratantes;
- Aportar insumos y participar en la elaboración de un plan de acogimiento y de transición;
- Organizar visitas, apoyos e informes posteriormente al acogimiento.

2. Marcos nacionales

En algunos Estados, varias disposiciones especiales se aplican a las adopciones internacionales intrafamiliares. Algunas de ellas se presentan a continuación, por ejemplo, en Estados que únicamente permiten algunos casos (*véase la Sección II.2.1.1*), en los que hay disposiciones/procedimientos normativos adaptados (*véase la Sección II.2.1.2*), requisitos en cuanto al grado de parentesco biológico (*véase la Sección II.2.2*) y la naturaleza jurídica de la adopción (*véase la Sección II.2.3*).

2.1 Disposiciones normativas específicas

2.1.1 Algunas adopciones intrafamiliares no están permitidas

En Croacia[72], la Ley croata en materia de familia señala que un familiar biológico en línea directa –hermano o hermana– no puede ser un familiar adoptivo. Otros familiares sí pueden adoptar al niño o niña. En Eslovenia, la adopción de un familiar en línea directa no está permitida, ni la de un hermano o hermana[73]. En Estonia[74], la adopción por familiares únicamente es posible por el o la cónyuge por matrimonio. En Francia, la jurisprudencia ha dejado claro que la adopción por los abuelos es

72 *Supra* 43.
73 *Supra* 44.
74 *Supra* 47.

contraria al orden público, en la medida en que *"constituiría para las partes una alteración anómala del orden familiar y tendría por tanto más efectos negativos que positivos" (Cám. Civ. 1, 6 de marzo de 2013, RG no. 12-17.183)*. En Lituania, los hermanos y hermanos no pueden adoptarse entre sí[75]. En Serbia, los familiares ascendentes y descendientes no pueden ser adoptados, lo cual incluye las relaciones familiares laterales, como hermanos y hermanas, así como hermanastros y hermanastras[76]. Asimismo, en Vietnam, los PAP no pueden adoptar a sus hermanos o hermanas, ni los abuelos a sus nietos y nietas.

2.1.2 Disposiciones y procedimientos jurídicos adaptados

En Armenia, la legislación permite las adopciones intrafamiliares mediante normatividad separada. Excepto en el supuesto en el que el embarazo fuera secreto, los trabajadores sociales tienen la obligación de buscar, en prioridad, a los familiares del niño o niña, e identificar si uno de ellos desea acogerlo o adoptarlo. Si la búsqueda no tiene éxito, será registrado como adoptable. No obstante, con el fin de garantizar, por una parte, que la adopción intrafamiliar siga siendo una medida de protección del niño o niña y, por otra parte, prevenir los arreglos privados previos, la adopción intrafamiliar internacional es imposible cuando ambos padres biológicos aún se encuentran con vida. La AC de Armenia señaló específicamente que esta disposición "pretende mantener al niño o niña en su familia, para que no sea adoptado por razones caritativas de otro tipo. La experiencia ha demostrado que, cuando se cuenta con la presencia de ambos padres, la adopción por un familiar es de naturaleza ficticia". Sin embargo, si el niño o niña únicamente tiene un padre o una madre, este podrá otorgar su consentimiento para su adopción por un familiar previamente determinado[77].

En Bélgica, existe un procedimiento específico para las adopciones internacionales intrafamiliares (*véase la Sección III.2*) que levanta la prohibición del contacto previo a la asignación[78]. Con base en el artículo 29 del Convenio de La Haya de 1993, Bélgica adaptó su Código Civil. Se permite el contacto previo y, dada la naturaleza de las adopciones intrafamiliares, Bélgica acepta que estas adopciones sean, por naturaleza, abiertas, de conformidad con el principio de continuidad (*véase la Sección II.1.1*).

En Haití, el límite de edad de los PAP, establecido en 50 años, no se aplica en las adopciones intrafamiliares y en las adopciones del hijo o hija del o de la cónyuge[79]. Asimismo, la diferencia de edad entre el niño o niña y los PAP, en principio de mínimo 14 años, es reducida a nueve años en las adopciones intrafamiliares[80]. Además, los PAP pueden solicitar una excepción al periodo probatorio obligatorio de 15 días, demostrando sus vínculos frecuentes con el niño o niña[81].

En Letonia, las adopciones internacionales intrafamiliares están permitidas desde el acogimiento residencial en instituciones, el acogimiento familiar o la tutela. En cuanto a

75 *Supra* 53.

76 Código de la Familia, art. 92.

77 Informaciones proporcionadas por la AC de Armenia en respuesta a la encuesta del SSI/CIR. Véanse también el artículo 112 del Código de la Familia y el artículo 39 de la Ley en materia de adopción.

78 Perfil de País de la HCCH: Bélgica (2020), Pregunta 24: https://assets.hcch.net/docs/677011d2-d758-45ee-8b82-0c14575ec210.pdf.

79 Ley que reforma la adopción de 15 de noviembre de 2013, arts. 10 y 11.

80 *Ibid*, art. 12.

81 Circular IBESR/DG/08-14/#885, art. 8.

las adopciones extrafamiliares, únicamente pueden proceder del acogimiento residencial en instituciones. En los procesos de adopción nacional, un familiar adoptante debería, en primer lugar, convertirse en el tutor del niño o niña y luego iniciar un proceso de adopción a partir de la tutela.

En Madagascar, la reforma de 2017 prevé un marco específico para las adopciones intrafamiliares. Así, la adopción, que en principio únicamente es permitida para niños y niñas menores de 15 años[82], es permitida hasta los 18 años en una adopción intrafamiliar (sea por familiares o por el o la cónyuge de la madre o del padre) nacional o internacional[83]. La adopción intrafamiliar nacional es, además, abierta a las personas solteras[84], aunque, en principio, reservada a las parejas heterosexuales casadas[85]. El periodo probatorio de un mes no se aplica tampoco a estas adopciones[86]. Finalmente, en casos de adopción por el o la cónyuge de la madre o del padre, el procedimiento no está sujeto a la fase administrativa ante la AC: el o la cónyuge presenta una solicitud directamente ante la autoridad judicial competente. También está eximido de obtener un certificado, de justificar la condición de periodo de residencia y de cualquier seguimiento post-adoptivo[87].

En Polonia, la adopción intrafamiliar, incluso internacional, generalmente tiene prioridad sobre los demás tipos de adopción. Según la legislación, la adopción internacional es subsidiaria a la adopción nacional, excepto en aquellos casos en los que existe un vínculo de parentesco o afinidad entre el niño o niña y los PAP, o cuando estos últimos ya han adoptado al hermano o hermana del niño o niña por adoptar[88].

En Vietnam, los procedimientos se adaptaron un poco para que *"los PAP presenten personalmente el expediente al Departamento de Adopción o autorizan a sus familiares para hacerlo. No obstante, la AC de Vietnam recomienda y alienta a los PAP a que presenten sus expedientes a través de los organismos extranjeros de adopción acreditados"*[89].

2.2 Grado de relaciones/vínculos biológicos

Mientras que, en algunos Estados, como Alemania[90], Honduras[91], Irlanda[92], Malta[93] y Noruega[94], no se especifica el grado de relación biológica necesario para que una adopción sea considerada intrafamiliar, varios otros Estados sí lo mencionan.

En Andorra, según el artículo 19 de la ley nacional en materia de adopción[95], se permiten las adopciones internacionales intrafamiliares si el niño, niña o adolescente

82 Ley no. 2017-014 relativa a la adopción, art. 59.
83 *Ibid*, arts. 81, 87 y 93.
84 *Ibid*, art. 80.
85 *Ibid*, art. 56.
86 *Ibid*, art. 96.
87 *Ibid*, arts. 97 y 98.
88 Informaciones proporcionadas por la AC de Polonia en respuesta a la encuesta del SSI/CIR. Véanse también los artículos 116 a 120 del Código de la Familia y el artículo 167 de la Ley de 2011.
89 *Supra* 61.
90 *Supra* 34.
91 *Supra* 51.
92 *Supra* 52.
93 *Supra* 55.
94 *Supra* 57.
95 *Llei qualificada de l'adopció i de les altres formes de protecció del menor desemparat*, de 21 de marzo de 1996 (BOPA, no. 29 – año 12 – 24.04.1996).

es huérfano y un miembro de la familia de los adoptantes a partir del tercer grado de consanguinidad y afinidad, y en el caso del hijo o hija del esposo o esposa.

El Código Civil de Bélgica y el Decreto relativo a la adopción especifican las condiciones que permiten considerar que una adopción es intrafamiliar. Las adopciones internacionales intrafamiliares pueden plantearse cuando se trata de la adopción de un niño o niña de la familia hasta el cuarto grado respecto del o de la adoptante, o de un niño o niña que convive o ha convivido con el o la adoptante de forma diaria por un periodo significativo de tiempo. Este periodo de tiempo no debe haber sido parte de un proyecto de adopción.

En China, "la adopción por familiares incluye la adopción del niño o niña por el o la cónyuge de la madre o del padre y la adopción de un niño o niña que pertenece a un familiar colateral por sangre de la misma generación y hasta el tercer grado de parentesco"[96].

En Colombia[97], la Ley 1098 de 2006, en su artículo 66, crea la posibilidad de iniciar un proceso de adopción por familiares hasta el tercer grado de consanguinidad y el segundo grado de afinidad, o respecto del hijo o hija del esposo o esposa. Dos procesos administrativos son llevados a cabo por la AC. El primero pretende determinar si el niño o niña puede permanecer con su familiar nuclear, o si la adopción es autorizada, o si se aplica el consentimiento. Una vez agotado este procedimiento, inicia el proceso de adopción por la familia, en el Estado de recepción, según los requisitos del Convenio de La Haya de 1993 y las normas del Estado de residencia de los PAP.

Francia autoriza la adopción de un niño o niña en otro Estado por un miembro de su familia hasta el sexto grado o en caso de adopción del hijo o hija del esposo o esposa[98].

En Luxemburgo, las adopciones intrafamiliares son consideradas hasta el tercer grado; mientras que en Perú, lo son hasta el cuarto grado.

En los Estados Unidos de América, los estados definen el concepto de "por familiares" de distinta manera y pueden incluir a familiares biológicos, por matrimonio, y adopciones abarcando desde el primero hasta el quinto grado[99].

2.3 Naturaleza jurídica de la adopción

La Ficha no. 49 del SSI/CIR sobre adopciones intrafamiliares señala que *"[c]on el fin de responder lo mejor posible al interés del niño, conviene también preguntarse sobre la naturaleza simple o plena[…] de estas adopciones intrafamiliares. Si la adopción intrafamiliar favorece una determinada continuidad en la vida del niño, esta continuidad corre el riesgo de ser trastornada, si estas adopciones se hacen plena[…] s. En efecto, un gran número de vínculos de parentesco biológico se encuentran destruidos y reconstruidos a nivel legal: la abuela, la tía, la prima de la madre o la hermanastra del niño pueden así convertirse en su madre. Por lo tanto, ¿qué lugar ocupan los otros miembros de la familia en esta genealogía trastornada? Así pues, la adopción intrafamiliar plantea varias cuestiones, de carácter psicológico y jurídico, que no han sido todavía resueltas. La adopción simple [así como] la adopción*

96 *Supra* 40.
97 *Supra* 41.
98 *Supra* 49. Véase también el artículo 348-5 del Código Civil.
99 *Supra* 46.

abierta constituye pistas de respuestas, aunque actualmente sólo sean aplicadas por un número muy limitado de países"[100].

En términos de Estados de origen, algunos Estados permiten la adopción simple y la adopción plena. Por ejemplo, *la Agence Française de l'Adoption* señala que Burkina Faso y Togo permiten ambos tipos de adopciones internacionales, entre ellas las adopciones intrafamiliares. La naturaleza simple o plena de la adopción depende del consentimiento otorgado por los padres biológicos o el Consejo de Familia. En cambio, Madagascar (arts. 57 y 89 de la Ley en materia de adopción de 26 de julio de 2017) y Haití (art. 22 de la Ley que reforma la adopción de 15 de noviembre de 2013), si bien reconocen ambos tipos de adopción, únicamente permiten la adopción plena en las adopciones internacionales, incluso en el caso de las adopciones intrafamiliares.

En términos de Estados de recepción, la Comunidad Francesa de Bélgica señala que será la AC quien determinará si la adopción es simple o plena, dependiendo de cada caso y de las leyes del Estado de origen.

No obstante, se podrá observar del cuadro comparativo elaborado por el SSI/CIR, que la mayoría de los Estados de recepción únicamente conocen la adopción plena, lo cual limita las oportunidades para recurrir a las adopciones simples[101].

El Cantón de Berna (Suiza) señala que, para las adopciones internacionales intrafamiliares, existe una obligación de que la adopción sea abierta, dada la importancia de que el niño o niña conozca sus orígenes, entre ellos su familia biológica. Puesto que las adopciones intrafamiliares son particularme propensas a los secretos de familia, la AC cantonal hace esfuerzos adicionales para entender las motivaciones de los PAP y su disposición a ser transparentes acerca de los orígenes del niño o niña.

100 Véase la *Ficha de formación del SSI/CIR no. 49. La adopción intrafamiliar.* Disponible en español bajo pedido al SSI/CIR: irc-cir@iss-ssi.org.

101 SSI/CIR (2020). Cuadro comparativo sobre la adopción simple y plena. Disponible bajo petición al SSI/CIR: irc-cir@iss-ssi.org.

3. Cruce entre las normas relativas a la adopción y las normas relativas a la migración

3.1 Uso de las autoridades y/o los procedimientos de adopción para tramitar casos de reunificación familiar

Varias AC de Estados de recepción han manifestado sus preocupaciones acerca de que las adopciones internacionales intrafamiliares podrían utilizarse para eludir las normas migratorias y facilitar la reunificación familiar.

En relación con la adopción por el esposo o esposa de la madre o del padre: En Francia, existe la posibilidad de la reunificación familiar para el esposo o esposa de uno o su hijo o hija. Tres condiciones deben cumplirse para poder beneficiarse de la reunificación familiar[102]: (1) haber residido en el territorio francés por al menos 18 meses con un permiso válido de residencia; (2) demostrar recursos estables y suficientes para garantizar el cuidado del niño o niña en buenas condiciones; y (3) contar con alojamiento considerado normal para una familia similar que vive en la misma región geográfica. La primera condición es, a menudo, la que más tarda en obtenerse; algunas personas inician un procedimiento de adopción del hijo o hija de su esposo o esposa, pensando que será más rápido.

102 Código de ingreso y permanencia de los extranjeros y derecho de asilo (CESEDA), art. L. 411.

En relación con otras adopciones intrafamiliares: Varios Estados identificaron situaciones en las que los padres biológicos aún se encuentran con vida, en las que las tías o los tíos quisieran "adoptar" a su sobrino o sobrina, o abuelos que quisieran "adoptar" a un nieto o nieta, para darle la oportunidad de vivir en el Estado de recepción, el cual es más rico materialmente. En particular, Perú observa que la adopción por estas razones "desnaturaliza" la figura de la adopción. Es interesante mencionar que la Comunidad Flamenca de Bélgica ha observado que las familias a menudo han vivido ya varios intentos fallidos para obtener una reunión familiar y otras visas antes de presentar una solicitud de adopción. La AC de Francia menciona varios ejemplos, en los que el propósito de la estancia del niño o niña es beneficiarlo de oportunidades educativas, que no están disponibles en su Estado de origen. Además, la AC de Nueva Zelanda mencionó que algunos casos de adopción internacional son presentados como alternativas a las opciones migratorias disponibles para las familias, como, por ejemplo, las visas de estudio. Debido a los costos de estas visas, los familiares a menudo optan por la adopción en vez de pagar las tarifas. Tanto la AC de la Comunidad Flamenca de Bélgica como la del Cantón de Berna (Suiza) mencionan que estas situaciones son fáciles de detectar en las entrevistas con los PAP, cuando se abordan sus motivaciones para la adopción. El Cantón de Ginebra (Suiza) señala que las motivaciones para las adopciones intrafamiliares han incluido "las condiciones precarias de los padres, la imposibilidad material para el cuidado del niño o niña, el deterioro del estado de salud de los padres, el estado de salud del niño o niña, la inseguridad, la falta de oportunidades educativas y profesionales para el futuro". Además, el Cantón de Vaud (Suiza) hace énfasis en que esta cuestión es menos problemática ahora que la adopción está limitada a los casos de verdaderos huérfanos o cuando un niño o niña ha sido abandonado.

Varios Estados han señalado que, si las condiciones para la reunificación familiar fueran menos estrictas en algunas situaciones, esto evitaría la extinción innecesaria de los vínculos familiares y el recurso no justificado a la adopción. Además, como soluciones, la Comunidad Francesa de Bélgica mencionó que el recurso creciente a la tutela podría ser útil. Tanto Alemania como Francia sugieren que, quizás, una delegación de autoridad parental podría ser más apropiada que una adopción internacional. El SSI/CIR recuerda la posibilidad de tramitar estos casos de conformidad con el Convenio de La Haya de 1996, en particular su artículo 33. No obstante, se requerirá una visa o un permiso específico para que el niño o niña ingrese al Estado de recepción (*véanse las Secciones II.1.3 y III.2.2.1*).

3.2 Uso de las autoridades de adopción para aprobar/tramitar arreglos familiares existentes

En algunos casos, se les solicita a las AC que emitan declaraciones de adopción en casos en los que el niño o niña ya ha estado viviendo con la familia por un periodo significativo de tiempo. Es importante, en estos casos, que las AC puedan confirmar que se han cumplido todos los estándares internacionales y que el niño o niña podrá acceder a sus orígenes. No debería recurrirse a estos casos para confirmar un hecho consumado sin que existan las garantías necesarias. Por ejemplo, las AC del Cantón de Ginebra y del Cantón de Vaud (Suiza) mencionan que hay parejas que se han visto declarar una adopción plena respecto de algún familiar, como sobrinos o sobrinas,

en los Estados de origen, y que regresan a Suiza con el niño o niña en el marco de una reunificación familiar, sin que la AC cantonal llegue a intervenir. Es notificada por el Servicio de la Población del ingreso del niño o niña y se le solicita actuar como curador, siempre y cuando la pareja no haya ya vivido con el niño o niña por un año. Ha enfrentado pocas situaciones de este tipo y se ha tratado, en general, de Estados no contratantes del Convenio de La Haya de 1993.

Esta autoridad mencionó que, a menudo, se enfrenta a casos en los que el niño o niña ha vivido en Suiza por varios años (sea de forma irregular o en acogimiento familiar) con su tía o tío, estos generalmente siendo sus tutores. En vista de la duración de la estancia del niño o niña en Suiza, siempre y cuando todas las condiciones para la adopción han sido cumplidas, y que la evaluación ha dado conclusiones positivas, la AC emitirá una autorización de adopción. Mientras que la AC cantonal generalmente informa a las autoridades del Estado de origen del niño o niña que la adopción está en curso en Suiza, es importante que ambos Estados cooperen para confirmar la adoptabilidad y demás condiciones.

3.3 Uso de las autoridades migratorias para tramitar adopciones intrafamiliares

A diferencia de los Estados que permiten las adopciones intrafamiliares mediante sus AC designadas, las autoridades migratorias pueden llegar a asumir este rol en otros contextos. Se puede argumentar que las garantías del Convenio de La Haya de 1993 no necesariamente pueden ser cumplidas por las autoridades migratorias, puesto que pueden no estar familiarizadas con su aplicación. Por ejemplo, en los Países Bajos, las solicitudes de permiso para traer a un niño o niña de un familiar al país con vistas a su adopción son tratadas por el Servicio Neerlandés de Inmigración y Naturalización con fundamento en la legislación en materia de migración. Si bien se puede asumir que el Servicio es competente para tratar cuestiones administrativas, como las visas, todas las cuestiones relativas a las adopciones internacionales deberían ser tratadas por la AC. Mientras es prometedor que exista una visa de ingreso específica para la protección transfronteriza de niños y niñas (*véase la Sección III.2.2.1*), sería preocupante si esta visa fuera utilizada para tramitar adopciones internacionales sin que se averiguaran y se cumplieran las garantías del Convenio de La Haya de 1993.

Parece ser que las autoridades migratorias también pueden llegar a ser solicitadas en el trámite de algunas adopciones intrafamiliares en Nueva Zelanda. Los ciudadanos y residentes de Nueva Zelanda pueden adoptar de otros Estados que cuenten con legislación en materia de adopción compatible con los criterios de la Sección 17 de la Ley en materia de adopción de 1955 (la cual está vinculada con la legislación en materia de ciudadanía de Nueva Zelanda). Estas adopciones, generalmente, son por familiares. La AC no está involucrada de ninguna manera en estas adopciones, y los datos relativos a las solicitudes de ciudadanía o de estatus migratorio respecto de la residencia de niños y niñas adoptados en el extranjero son registrados por el Departamento de Asuntos Internos y la Agencia de inmigración de Nueva Zelanda respectivamente.

III. Consideraciones prácticas

En la práctica, si bien este tipo de adopciones presenta ventajas para algunos niños y niñas, también expone a los Estados a dificultades y desafíos específicos. Además, después de haberlos explorado, el SSI/CIR quisiera proponer reflexiones sobre las maneras de responder a los mismos y, a la vez, poner de relieve las prácticas prometedoras desarrolladas por algunos Estados.

1. Dificultades y desafíos específicos:

Las dificultades mencionadas por las AC de los Estados de recepción y de origen demuestran la necesidad de adoptar, tanto a nivel internacional como nacional, medidas que pretenden garantizar que las adopciones intrafamiliares tengan lugar en el respeto de las *normas éticas*[103] y de los estándares internacionales.

1.1 La no aplicación o la mala aplicación del Convenio de La Haya de 1993

1.1.1 Las adopciones intrafamiliares con un Estado no contratante del Convenio de La Haya de 1993

Una primera dificultad se refiere exclusivamente a las situaciones en las que la adopción implica un Estado no parte del *Convenio de La Haya de 1993*. Como se señaló en la *Comisión Especial del año*

103 SSI/CIR (2015). *Manifiesto por una ética de la adopción internacional*. Disponible en: https://www.iss-ssi.org/images/Publications_ISS/ESP/ISS_Manifiesto_ESP.pdf.

2000, los Estados partes deberían siempre aplicar los estándares y las garantías del Convenio de La Haya de 1993, incluso en sus relaciones con los Estados no partes. Así, un informe sobre el niño o niña debería ser transmitido por el Estado de origen al Estado de recepción y un informe sobre los PAP por el Estado de recepción al Estado de origen antes de que la adopción sea declarada. No obstante, como lo señala una AC, algunos Estados de origen no partes no aplican este procedimiento y desean que los PAP presenten su solicitud directamente ante el tribunal. Además, como lo observan Alemania, Bélgica, Suecia y Vietnam, cuando el otro Estado no es contratante del Convenio, es a menudo difícil para la AC del Estado de origen o de recepción establecer la comunicación y encontrar a una persona idónea para llevar a cabo la evaluación, en particular cuando el niño o niña reside fuera de la capital.

1.1.2 Las adopciones intrafamiliares con un Estado parte del Convenio de La Haya de 1993 pero que excluye las adopciones intrafamiliares de su campo de aplicación

Aunque el *Convenio de La Haya de 1993* sea aplicable a las adopciones internacionales intrafamiliares[104], algunos Estados siguen tratándolas como adopciones nacionales. Por ejemplo, uno de los Estados encuestados señala que la AC no interviene en absoluto en la adopción intrafamiliar, la cual es de competencia exclusiva de la autoridad judicial, y, por tanto, no se requiere, ni que el niño o niña esté bajo la tutela del Estado, ni que exista una declaración judicial de ausencia de protección y de adoptabilidad.

1.1.3 La elusión del Convenio de La Haya de 1993 por algunos actores

Además, varios Estados señalan que, incluso cuando la AC prevé la aplicación del *Convenio de La Haya de 1993* a estas adopciones, es posible que los magistrados, tanto del Estado de origen como de recepción, declaren la adopción fuera del marco del Convenio y que los del otro Estado otorguen el exequátur a estas decisiones en función de sus normas de Derecho Internacional Privado (*véase la Sección I.2*). Las AC se encuentran entonces ante un hecho consumado que obstaculiza la buena aplicación del Convenio.

1.1.4 Los riesgos de las adopciones privadas e independientes

Puesto que se organiza en el seno de la familia, la adopción intrafamiliar puede convertirse en una adopción privada si no se garantiza un marco para las autoridades a cargo de la protección de la niñez y de la adopción. Existen casos en los que los arreglos se han concluido antes del nacimiento del niño o niña entre los padres biológicos y un hermano o hermana que no puede tener hijos, pero también casos en los que las personas pretenden ser familiares para eludir la prohibición de la identificación del niño o niña. Tales proyectos son claramente incompatibles con el artículo 4 del *Convenio de La Haya de 1993*.

104 *Supra* 2 y *Supra* 32, pág. 121.

1.2 La aprehensión del proyecto de adopción

Las adopciones intrafamiliares son difíciles de aprehender puesto que se encuentran en el cruce entre varios fenómenos: entre migración y adopción (*véase la Sección II.3*), entre circulación informal de niños y niñas en la familia extensa y adopción (*véase la Sección I.3*), y entre gesto humanitario y deseo de parentalidad[105].

Por otra parte, varias de las motivaciones de los PAP, mencionadas en las respuestas a la encuesta del SSI/CIR, no son consideradas legítimas en materia de adopción y representan, por lo tanto, otros muchos desafíos para los Estados encuestados.

La oportunidad educativa: Esta se refiere a menudo a niños y niñas de 15 a 17 años, que son objeto de un proyecto de adopción intrafamiliar con el fin de seguir con sus estudios en el Estado de recepción.

La oportunidad económica: Se trata a menudo de la búsqueda de un futuro más favorable para los niños y niñas con condiciones de vida difíciles en su familia biológica.

La respuesta a la infertilidad de los padres adoptivos potenciales: Algunos PAP se enfrentan a problemas de infertilidad y se dirigen entonces hacia una adopción intrafamiliar, sea directamente, o después de haberse planteado primero una adopción clásica. Tal y como se mencionó anteriormente, la donación de un niño o niña es una práctica común en varias culturas (*véase la Sección I.3*). El Cantón de Berna (Suiza) observa un aumento en las solicitudes de este tipo, aunque no autorizadas por su legislación.

Caso 1

Un Estado de origen menciona la situación de una adopción internacional intrafamiliar en la que los padres adoptivos ya tenían hijos biológicos. La crisis de adolescencia de la persona adoptada llevó a desacuerdos importantes entre los distintos niños. Los padres adoptivos regresaron al adoptado a su Estado de origen, donde vive con su madre biológica. La AC del Estado de origen reconoce no haber tomado suficientemente en cuenta en su momento la aplicación del principio de subsidiariedad. Desde entonces, vela estrictamente por estas situaciones. Ya ha rechazado proyectos de adopción intrafamiliar que no redundan en el interés del niño o niña y presentan riesgos elevados de fracaso.

Con fundamento en estas distintas motivaciones, estos proyectos son, frecuentemente, una traducción de una voluntad –incluso una obligación moral– de asistir a su familia, y no una respuesta a una necesidad de protección de un niño o niña vulnerable. Se basan entonces más en los deseos de las personas adultas que en las necesidades de los niños y niñas. Estas situaciones, contrarias a los estándares internacionales, son preocupantes y explican muchos fracasos en la adopción. También pueden ser ilícitas y a veces conllevar una venta de niños o niñas en el sentido de los artículos 3.5 y 2.a) del *Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños*

105 *Supra* 21.

en la pornografía, en cuanto haya un pago o cualquier otra ventaja (como regalos) en intercambio de la entrega del niño o niña.

1.3 La falta de preparación, de acompañamiento y de seguimiento del triángulo adoptivo

La importancia de la preparación, del acompañamiento y del apoyo post-adoptivo tanto al niño o niña como a sus padres adoptivos y, en su caso, a sus padres biológicos es, hoy en día, ampliamente reconocida[106]. No obstante, sigue habiendo una falta de inversión en estas etapas en los casos de adopción intrafamiliar.

1.3.1 La falta de preparación y de acompañamiento del niño o niña

Varios Estados observan que los niños y niñas adoptados en el marco de una adopción internacional intrafamiliar, a menudo, son mayores. A pesar de ello, generalmente no son preparados, o son poco preparados, en términos psicológicos, jurídicos y culturales, lo cual conlleva que su integración social y escolar en el Estado de recepción sea delicada. Según un Estado de recepción, las principales razones mencionadas por los padres adoptivos son los trastornos del comportamiento, cuyas causas pueden ser diversas, en particular el sentimiento de decepción frente a la idea preconcebida de la vida en el Estado de recepción o el vacío de los padres biológicos, cuando estos aún se encuentran con vida y cuidaban al niño o niña antes de la adopción. Además, cuando los padres adoptivos ya tienen hijos biológicos, el niño o niña adoptado a veces se enfrenta a dificultades para encontrar su lugar en el grupo de hermanos y hermanas. Al igual que el niño o niña adoptado, los hijos e hijas biológicos de los padres adoptivos generalmente no han sido asociados al proyecto y preparados para que su primo se convierta en su hermano.

Caso 2

Sarah, de 8 años, nacida de padre desconocido y cuya madre había sido declarada incapaz de cuidar de ella, ingresó al Estado de recepción para su adopción por su tío y su tía. Desde su llegada, Sarah manifestó que extrañaba a su madre. Se imaginaba que esta iba a reunirse con ella. Cuando entendió que no iba a ser el caso, expresó su deseo de regresar a casa. Las autoridades cooperaron para que la tía llevara a Sarah de regreso son su madre y la adopción, finalmente, nunca fue declarada.

1.3.2 La falta de preparación y acompañamiento de los padres adoptivos potenciales y de los padres biológicos

Un Estado de recepción hace énfasis en que los padres adoptivos generalmente no tienen conocimiento de lo que significa la adopción desde el punto de vista jurídico y simbólico. Asumen la preservación de su grado de parentesco inicial, en particular haciéndose llamar tío y tía, para respetar el lugar de los padres biológicos. Si bien estas situaciones pueden parecer evitar una alteración en la filiación, también dejan al niño o niña en un punto intermedio que no le permite inscribirse psíquicamente en su nueva filiación otorgada jurídicamente.

106 SSI/CIR (2019). *Análisis comparativo sobre la evaluación de los padres adoptivos potenciales.* Disponible bajo petición al SSI/CIR: irc-cir@iss-ssi.org.

Asimismo, los padres biológicos pueden desear mantener su rol y así impedir que los padres adoptivos asuman su nuevo lugar.

Caso 3

Vincent vivía con sus padres considerados incapaces de cuidar de él. Un juez del Estado de origen declaró su adopción por su tío y su tía que vivían en el extranjero y que ya eran padres de dos adolescentes. Los miembros de la familia se conocían muy bien e imaginaron que la adaptación sería fácil. El marco estricto impuesto por los padres adoptivos en la vida diaria, sin embargo, era algo nuevo e inusual para Vincent, quien había estado con ellos únicamente en las vacaciones. La situación empeoró y los padres adoptivos se volvieron abusivos. Al final, llevaron a Vincent de regreso a sus padres en el Estado de origen sin consultar a las AC.

1.3.3 La dificultad de establecer un seguimiento post-adoptivo

Parece que, a veces, es más difícil establecer un seguimiento post-adoptivo en el marco de una adopción intrafamiliar. Efectivamente, un Estado de origen mencionó que los problemas de adaptación de los niños y niñas eran más importantes en el marco intrafamiliar, y los Estados de recepción, a menudo, tienen dificultades para obtener informes de seguimiento de estos niños y niñas. Esto se debe al hecho de que, como se trata de un niño o niña de su familia, los padres adoptivos se muestran aún más reticentes a aceptar la ayuda exterior de los profesionales y pueden percibir este seguimiento como una violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar.

2. Recomendaciones del SSI/CIR: Respuestas a los desafíos mediante el establecimiento de procedimientos específicos

Con el fin de responder a los desafíos planteados por las adopciones intrafamiliares, el SSI/CIR invita a los Estados a adoptar políticas públicas, directrices o prácticas que cumplan con los derechos de los niños y niñas en este ámbito.

En particular, estos procedimientos deberían empezar con una fase previa de análisis del proyecto (*véase la Sección III.2.1*), lo cual permitiría, en su caso, reorientarlo hacia otra medida de protección más adaptada. Si el proyecto parece benéfico para el niño o niña, convendría entonces proceder a un análisis concreto de las necesidades de este último y de su interés superior, y luego a una verdadera evaluación de las capacidades de los PAP para responder a los mismos (*véase la Sección III.2.2.2*).

En este proceso, debería ofrecerse una preparación y un acompañamiento de calidad adaptados a este tipo específico de adopción al conjunto del triángulo adoptivo (*véase la Sección III.2.3*). El reconocimiento de estas adopciones debe inscribirse en un marco que promueva la buena puesta en práctica del Convenio de La Haya de 1993 (*véase la Sección II.2.3.3*). En caso de que el proceso de adopción no concluya con este reconocimiento, también es esencial dar todo el espacio necesario al seguimiento post-adoptivo y fomentar la cooperación en caso de fracaso (*véase la Sección III.2.4*).

En el marco de su estudio, el SSI/CIR ha podido identificar numerosas prácticas prometedoras que pueden ser fuente de inspiración para los Estados. Estas serán presentadas en las distintas secciones a las cuales se refieren. No obstante, puesto que Bélgica y Quebec (Canadá) han adoptado procedimientos específicos que abordan numerosos aspectos mencionados más adelante, estas prácticas prometedoras serán presentadas en esta sección.

Establecimiento de un procedimiento específico
BÉLGICA

Bélgica ha desarrollado un procedimiento específico y muy interesante en varias etapas.

Entrevista informativa: Previo a cualquier proyecto de adopción internacional intrafamiliar, se organiza una entrevista previa entre los PAP y la AC comunitaria para examinar la situación del niño o niña y su interés en ser adoptado. Permite también informar mejor a los PAP sobre las oportunidades de éxito de su proyecto.

Capacitación específica: Como en cualquier adopción, los PAP deben cumplir con una capacitación obligatoria compuesta de dos sesiones de sensibilización enfocadas en los aspectos específicos de la adopción internacional intrafamiliar.

Evaluación de la aptitud por el tribunal de familia: En este marco, los trabajadores sociales de la AC comunitaria llevan a cabo dos entrevistas y los psicólogos del OAA designado por la AC comunitaria llevan a cabo tres entrevistas. El estudio social está, en parte, enfocado en la aptitud para adoptar al niño o niña en específico.

Acompañamiento de la adopción por la AC comunitaria: Después de la obtención de la decisión judicial de idoneidad, los procedimientos de adopción intrafamiliar no pueden ser acompañados por un OAA y **son obligatoriamente tramitados directamente por la AC comunitaria según un protocolo de acompañamiento**.

Los PAP tienen entonces **otra entrevista con la AC comunitaria;** un **cuestionario sobre la adopción en el Estado de origen y sobre la situación específica del niño y niña** les es entregado. En un plazo de cuatro a seis meses a partir de la recepción del cuestionario, la AC comunitaria emite su decisión sobre la continuación del procedimiento. Para ello, verifica, **en particular, la adoptabilidad jurídica y psicosocial del niño o niña, el respeto por su interés superior** y sus **derechos fundamentales**, así como el cumplimiento del **principio de subsidiariedad**. Toma **contacto con la AC federal, con las AC de los demás Estados de recepción y con el Servicio de Asuntos Extranjeros** para valorar la situación de la adopción en general en el Estado de origen. También **inicia un contacto con la autoridad extranjera competente**, para obtener elementos sobre la adoptabilidad del niño o niña y su interés en ser adoptado; un **cuestionario-tipo es enviado para ello**.

El objetivo de estos distintos contactos es verificar la situación real del niño o niña, sin confiar únicamente en las palabras de los PAP, y por tanto confirmar su necesidad de adopción o si otra forma de acogimiento local no le sería más beneficioso. Al final de este proceso, si la AC comunitaria decide apoyar la solicitud, se firma un convenio y el expediente sigue el procedimiento clásico. El seguimiento post-adoptivo será llevado a cabo por el o la trabajadora social de la AC comunitaria que elaboró el estudio social.

Establecimiento de un procedimiento específico
QUEBEC (CANADÁ)

En Quebec, las adopciones intrafamiliares siempre son objeto de un acompañamiento directo por la AC[107]. Con el fin de garantizar que la adopción planteada sea una medida de protección para el niño o niña que redunde en su interés, la AC ha desarrollado un protocolo en varias etapas.

Examen preliminar del proyecto: La asesora a cargo del Estado en el que se encuentra el niño o niña recoge de los PAP, mediante un formulario, las informaciones sobre el niño o niña y los PAP. Este intercambio permite elaborar el contexto familiar, entender las motivaciones del proyecto y evaluar si los requisitos jurídicos de Quebec y del Estado en el que se encuentre el niño o niña son respetados. Si no es el caso, los PAP son informados de ello desde esta etapa.

Examen por el comité de análisis: El proyecto es presentado al comité de análisis, compuesto por el conjunto de asesoras y el investigador jurídico o la directora de la AC. Gracias a un memorando, que resume las situaciones que justifican un proyecto de adopción, y en función de un análisis de los factores de protección y de riesgo, se decide de forma colegiada sobre la admisibilidad del proyecto. En caso de rechazo, los PAP son informados por correo.

En 2019, únicamente 8% de las solicitudes presentadas fueron admitidas. Si los PAP intentan pasar por encima del rechazo, obteniendo una decisión en el Estado de origen, se encontrará una huella de este rechazo y las razones del mismo cuando las autoridades migratorias contacten a la AC.

Verificación de los documentos: Si el proyecto es admisible, los PAP deben presentar los documents que dan fe de su identidad, lugar de residencia, vínculo de parentesco con el niño o niña, y en su caso, confirmando el fallecimiento o la enfermedad de la madre y/o del padre. Si estas informaciones confirman los dichos de los PAP, este proyecto será aceptado, se abrirá un expediente, y los PAP recibirán una carta que les permitirá acudir a los servicios sociales de su región con el fin de iniciar la evaluación psicosocial.

Evaluación adaptada: La evaluación tomará en cuenta los antecedentes del proyecto, las características específicas del niño o niña y las especificidades de la adopción, en particular en relación con la reorganización de la filiación. Si los PAP son evaluados como no idóneos, el proyecto se suspenderá. Si la evaluación es positiva, la asesora asistirá a los PAP en la construcción de su expediente y lo transmitirá al Estado de origen. El procedimiento sigue, a partir de entonces, el procedimiento clásico.

107 *Règlement concernant l'adoption sans organisme agréé d'un enfant domicilié hors du Québec par une personne domiciliée au Québec*, artículo 7 : "Una persona puede ser autorizada a llevar a cabo los trámites de adopción sin recurrir a un organismo acreditado en uno de los siguientes casos: (1) su proyecto se refiere a la adopción de su hermano, hermana, sobrino, sobrina, nieto, nieta, primo, prima, hermanastro, hermanastra, los de su esposo o esposa o el hijo o hija de su esposo o esposa, incluso de su pareja de hecho con la que convive desde al menos 3 años, mientras ni ella ni el esposo, esposa o pareja esté vinculado por matrimonio, unión civil u otra forma de unión matrimonial aún válida con una tercera persona (…)". Disponible en: http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/ShowDoc/cr/P-34.1,%20r.%202/.

2.1 Prever una fase de análisis previo del proyecto antes del inicio de los trámites fomentando la cooperación

Esta etapa previa parece necesaria en el marco de una adopción intrafamiliar para garantizar que el proceso se inscriba efectivamente en un razonamiento de respeto y promoción de los derechos del niño o niña. Permite confirmar el carácter intrafamiliar de la adopción (*véase la Sección III.2.1.1*) y analizar a profundidad las motivaciones que originan el proyecto (*véase la Sección III.2.1.2*).

Además de los procedimientos específicos en Bélgica y Quebec, que incluyen el análisis preliminar mencionado (véase más arriba), los procedimientos previos desarrollados en Filipinas (Estado de origen) y por el Cantón de Berna (Suiza) (Estado de recepción) surgen como prácticas prometedoras.

Procedimiento previo al envío del expediente en un Estado de origen
FILIPINAS[108]

Cuestionario previo y opinión del Estado de recepción: Antes del envío del expediente, los solicitantes deben enviar, vía su AC o su OAA, a la AC de Filipinas (ICAB) un *cuestionario relativo al proyecto de adopción intrafamiliar* con los documentos exigidos adjuntos, así como el nombre completo, la dirección actual y cualquier otro medio de contacto con el niño o niño o su tutor. La AC o el OAA también enviarán su opinión sobre este proyecto.

Evaluación de la adoptabilidad: El Departamento de Bienestar Social y Desarrollo (DSWD) está a cargo de evaluar la adoptabilidad del niño o niña en un plazo de tres a seis meses. Si el DSWD determina que la adopción propuesta redunda en el bienestar del niño o niña, aprobará oficialmente el informe y transmitirá el expediente del niño o niña a la AC, quien solicitará al Estado de recepción que envíe el expediente de los PAP.

Análisis del expediente: Un trabajador social de la AC examina entonces el expediente del niño o niña y el de los padres. Si fuera necesario, podrá solicitar información adicional y emitirá recomendaciones sobre el proyecto para el comité de asignación, el cual podrá aprobar o rechazar la solicitud. En caso de rechazo, los PAP podrán apelar la decisión. El procedimiento sigue, a partir de aquí, el procedimiento clásico de adopción.

108 Véase: https://www.icab.gov.ph/relative-adoption/.

Coordinación preliminar con la AC del Estado de origen
CANTÓN DE BERNA (SUIZA)

La AC cantonal de Berna en Suiza ha establecido un procedimiento específico para las **adopciones internacionales intrafamiliares en un Estado contratante del Convenio de La Haya de 1993**.

Previo a la evaluación de la idoneidad, la AC del Estado de origen es contactada para determinar la adoptabilidad del niño o niña. Los antecedentes del niño o niña, su certificado de nacimiento, un certificado médico y el documento que hace constar la adoptabilidad del niño o niña son solicitados a los PAP y transmitidos a la AC del Estado de origen, o solicitados a esta última. Únicamente después de que esta AC haya confirmado la adoptabilidad del niño o niña podrá iniciarse la evaluación de los solicitantes. Los documentos mencionados anteriormente serán entonces transmitidos al profesional a cargo del estudio social, para que pueda evaluar si los PAP tienen las capacidades para responder a las necesidades específicas del niño o niña y si su interés estará garantizado en la familia adoptiva.

2.1.1 Garantizar la naturaleza intrafamiliar de la adopción

Algunos Estados se limitan a las informaciones relativas al vínculo de parentesco incluidas en los distintos documentos del expediente, como los informes sociales. No obstante, con el fin de prevenir las prácticas ilícitas y garantizar que un proyecto de adopción intrafamiliar no se encubra en una identificación de un niño o niña y/o una adopción privada o independiente, es necesario garantizar, con antelación, la veracidad del carácter intrafamiliar del proyecto.

Para ello, muchos Estados requieren la presentación de las actas de estado civil[109] de todas las personas, la cual permite reconstituir la filiación entre los PAP y el niño o niña. Algunos Estados incluso van más lejos en estas verificaciones, como Colombia y Francia, que proceden a una verificación de la autenticidad de estas actas de estado civil. Nueva Zelanda y el Cantón de Vaud (Suiza), por su parte, recurren a pruebas de ADN en algunas circunstancias.

Verificación de la autenticidad de las actas de estado civil ante las autoridades competentes
COLOMBIA Y FRANCIA

Con el fin de garantizar el carácter intrafamiliar de la adopción y descartar cualquier sospecha de identificación disimulada de un niño o niña:

Colombia señala que la Defensoría de Familias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) procede a una verificación de las actas de nacimiento del niño o niña y de los PAP así como del grado de parentesco en el Registro Civil.

Francia exige, previo a la aceptación y al envío del expediente, la presentación de todas las actas de estado civil que permiten establecer el vínculo entre el niño o niña y los PAP. En colaboración con sus oficinas diplomáticas y consulares, para las adopciones intrafamiliares, lleva a cabo verificaciones de la autenticidad de las actas de estado civil.

109 Acta de nacimiento o de fallecimiento.

Recurso a las pruebas de ADN para garantizar la naturaleza intrafamiliar de la adopción
NUEVA ZELANDA Y CANTÓN DE VAUD (SUIZA)

Cuando se enfrenta a informaciones contradictorias o limitadas, **Nueva Zelanda** recurre a pruebas de ADN para garantizar el carácter intrafamiliar de la adopción.

Asimismo, la AC del **Cantón de Vaud (Suiza)** señala que recurrió a la prueba de ADN en un expediente en el que los documentos que explicaban la historia del niño o niña y sus vínculos con los PAP eran tan contradictorios que surgieron dudas acerca del vínculo de filiación y acerca del consentimiento y su firma por la madre de la futura persona adoptada.

2.1.2 Evaluar las motivaciones específicas del proyecto y las demás opciones viables

Por parte de los Estados de recepción, prever esta etapa previa a la evaluación de los PAP parece particularmente oportuno puesto que permite rápidamente identificar las motivaciones del proyecto y contemplar, en su caso, las posibles alternativas en cooperación con el Estado de origen. Este trabajo previo permite también entender mejor el perfil y las necesidades del niño o niña y guiar los evaluadores si la adopción resulta ser la mejor opción. Por parte de los Estados de origen, el no haber recibido previamente una solicitud de adopción permite determinar, fuera de cualquier presión, las opciones disponibles para el niño o niña (*véase la Sección III.2.2.1*).

Como lo señala Francia, las situaciones de fracaso enfrentadas deben advertir sobre la importancia de verificar la aplicación del principio de subsidiariedad antes de validar una adopción intrafamiliar, en particular **analizando las motivaciones que sustentan el proyecto de adopción** e implicando activamente en este proceso a todas aquellas personas afectadas. En este sentido, **la Comisión Especial de 2015** ***"recomienda evaluar la motivación de cada una de las partes para determinar si el niño realmente necesita esa adopción"***[110]. Como lo menciona Andorra, conviene evaluar el proyecto en relación con el interés del niño o niña sin suponer que la adopción internacional intrafamiliar sea la medida más apropiada.

Al respecto, las prácticas prometedoras desarrolladas por Nueva Zelanda, Suecia y el Cantón de Vaud (Suiza) merecen ser señaladas aquí.

Análisis exhaustivo de las motivaciones y de otras opciones
NUEVA ZELANDA

Cuando unos PAP se acercan a la AC de Nueva Zelanda para adoptar a un niño o niña de su familia **que vive en un Estado contratante del Convenio de La Haya de 1993**:

Se lleva a cabo un análisis preliminar del proyecto, con base en un cuestionario. Este último permite estudiar la situación del niño o niña y las posibles soluciones locales, y explorar la relación familiar entre el niño o niña y los PAP. Se plantean varias preguntas

110 Recomendación 32.d) de la Comisión Especial de 2015. *Supra* 2.

relativas al apego del niño o niña con sus padres, sus hermanos o hermanas y los PAP, así como respecto de las motivaciones del proyecto y las posibilidades de apoyo al niño o niña y su familia a nivel local o por los PAP a distancia.

Este formulario tiene como objetivo aclarar a la AC sobre la oportunidad de adopción internacional intrafamiliar en relación con el interés del niño o niña. Para seguir con el procedimiento, debe poder concluirse, con fundamento en la evidencia de la situación del niño o niña, de sus problemas de bienestar e inseguridad, que la adopción internacional intrafamiliar es la solución más idónea en su interés.

Estudio de las motivaciones del proyecto con los padres adoptivos potenciales y los padres biológicos
SUECIA

En la fase de evaluación de las motivaciones y de la aptitud de los PAP para la adopción internacional intrafamiliar, la autoridad a cargo de la evaluación también inicia un contacto, siempre y cuando estén con vida, con los padres biológicos del niño o niña, para entender las verdaderas motivaciones del proyecto de adopción. En caso de ser necesario, se recurre a los servicios de un o una intérprete.

Prohibición de las adopciones internacionales intrafamiliares cuando la pobreza en el Estado de origen o la prosperidad material en el Estado de recepción es la principal razón para la separación
CANTÓN DE VAUD (SUIZA)

Es alentador que la AC del Cantón de Vaud (Suiza) señale que las motivaciones relativas a la precariedad financiera, las mejores oportunidades educativas, el apego entre un niño o niña y su tío o tía ya no son suficientes para aceptar una adopción internacional intrafamiliar. Además, el argumento según el cual la pareja no tiene hijos y podría ayudar a sus familiares que viven en el extranjero aliviándolos de la responsabilidad de la crianza del niño o niña, es una razón para rechazar la continuación del proceso.

Recomendaciones del SSI/CIR: La evaluación previa de las motivaciones implica examinar las razones que sostienen el proyecto de adopción, cuidando la participación de todas las partes afectadas. Implica una cooperación fortalecida entre las AC para responder a las siguientes preguntas:

- ¿Quién ideó este proyecto de adopción?
- ¿La pobreza y/o la oportunidad económica/educativa en otro país son las principales razones de la separación?
- ¿Este niño o niña requiere una medida alternativa de protección?
- ¿Es posible apoyar a la familia biológica para que pueda seguir cuidando al niño o niña?
- En caso de ser imposible, ¿el niño o niña requiere una adopción u otra medida?

Debe ser una oportunidad para reorientar el proyecto hacia una solución más adaptada, desde la perspectiva de las Directrices y las verdaderas necesidades del niño o niña, y considerando en primer lugar, en su caso, un acogimiento transfronterizo con fundamento en el Convenio de La Haya de 1996.

2.2 Evaluar concretamente las necesidades y el interés del niño o niña y las capacidades de los padres adoptivos potenciales para responder a los mismos

Con el fin de garantizar que la adopción redunde en el interés superior del niño o niña, las necesidades de este último deben ser objeto de una evaluación concreta (*véase la Sección 2.2.1*). Luego, conviene averiguar exhaustivamente la capacidad de los PAP para adoptar y responder a las necesidades así identificadas, sin que la naturaleza intrafamiliar de la adopción llegue a debilitar el rigor del análisis que debe llevarse a cabo (*véase la Sección III.2.2.2*).

2.2.1 Evaluar concretamente las necesidades y el interés superior del niño o niña

La AC federal de Alemania señala que "la adopción intrafamiliar únicamente debería tener lugar cuando responda al bienestar del niño o niña y que una relación de tipo padre o madre-hijo o hija pueda desarrollarse entre los PAP y el niño o niña. Un relación familiar preexistente debería convertirse entonces en una relación padre o madre-hijo o hija únicamente cuando ninguna otra solución haya sido considerada como más adaptada al interés del niño o niña". Destaca su preferencia por que "los niños y niñas puedan ingresar al Estado de recepción en el marco de un acogimiento de tipo familiar transfronterizo, en particular cuando son mayores. Requieren un acogimiento por personas adultas pero no necesariamente nuevos padres". En este mismo sentido, la AC de **Francia** señala que ***"las adopciones intrafamiliares deben limitarse a proyectos bien meditados y elaborados, que redunden en el interés real del niño o niña, y cuyo objetivo no se limite a la obtención de una delegación de autoridad parental por motivo económico o humanitario"***.

Al respecto, cabe destacar la práctica prometedora de los Países Bajos.

Promover el acogimiento alternativo transfronterizo mediante una ley y una autorización específicas
PAÍSES BAJOS

En los Países Bajos, la Ley de 16 de febrero de 2006 sobre la tutela prevé un procedimiento para la aplicación del artículo 33 del Convenio de La Haya de 1996, promoviendo así el acogimiento transfronterizo (*véase la Sección II.1.3*). Además, existe un permiso de residencia especial para el ingreso y la permanencia en el territorio neerlandés de un niño o niña acogido por su familia extensa[111]. Para su obtención:

1. El niño o niña no puede ser acogido en su Estado de origen por su familia biológica o familiares cercanos y no puede beneficiarse de un futuro aceptable en dicho país;

2. Los padres o representantes legales del niño o niña deben otorgar su consentimiento para el acogimiento así como, en algunos casos, las autoridades del Estado de origen (p. ej. padres fallecidos o desaparecidos);

3. Este proyecto no debe estar fundamentado exclusivamente en la posibilidad para el niño o niña de crecer en mejores condiciones económicas;

4. Este tipo de acogimiento únicamente puede considerarse cuando el niño o niña es acogido por sus abuelos, sus hermanos o hermanas, hermanastros o hermanastras, cuñado o cuñada, tío o tía;

5. Las personas que van a acoger al niño o niña deben ser ciudadanos neerlandeses o de la Unión Europea, o contar con un permiso de residencia. Deben contar con la guarda y custodia del niño o niña y dar constancia de recursos suficientes para proporcionar una educación y cuidados de calidad al niño o niña.

Como lo observa la AC de **Eslovenia**, ***"la consideración primordial debería ser el interés superior del niño o niña y todos los factores pertinentes deben ser objeto de una valoración caso por caso para determinar si el niño o niña realmente necesita una adopción y si la adopción intrafamiliar redunda en su interés superior*** *(evaluación individualizada del niño o niña, vínculos familiares, motivaciones). Si el tribunal considera que se cumplen las condiciones para la adopción y que esta redunda en el interés superior, debe pronunciar la adopción (nacional o internacional); de lo contrario, debe rechazarla".*

Hacer que el interés del niño o niña sea la consideración primordial no es una directriz específica de la adopción internacional intrafamiliar. Se aplica a todas las adopciones, en calidad de requisito previsto en el artículo 21 de la *CDN*.

Directrices

Párr. 15. La pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza, no deberían constituir nunca la única justificación para separar un niño del cuidado de sus padres, para recibir a un niño en acogimiento alternativo o para impedir su reintegración en el medio familiar, sino que deberían considerarse como un indicio de la necesidad de proporcionar a la familia el apoyo apropiado.

111 Véase: *https://ind.nl/en/family/pages/adopted-or-related-foster-child.aspx*.

No obstante, no es inusual observar situaciones en las que, porque se trata de una adopción intrafamiliar, se ha supuesto que redunda en el interés superior del niño o niña, sin tener evidencia concreta. Además, como lo señala la AC del **Cantón de Berna (Suiza)**, las características culturales marcan mucho más la valoración del interés del niño o niña, por ejemplo, en lo relacionado con la práctica de la donación de niños y niñas, que en las adopciones clásicas (*véase la Sección I.3*). Varias autoridades de Estados de recepción manifiestan que no es poco común, en algunos Estados de origen, considerar que la posibilidad para un niño o niña de ir a vivir en mejores condiciones económicas o tener mejores oportunidades educativas sea suficiente para cumplir con su "interés superior", incluso cuando el niño o niña vivía hasta entonces con sus padres biológicos. Tal situación no cumple con el párrafo 15 de las Directrices (véase el cuadro en la página anterior).

Al respecto, el SSI/CIR felicita a **Togo** por su análisis exhaustivo de los proyectos de adopción intrafamiliar a la luz del interés del niño o niña y el rechazo de la continuación de los proyectos que no redundarían en ello y lo pondrían en riesgo. Esta práctica, en un Estado en el que la familia se entiende en su sentido amplio, merece por tanto ser reconocida.

Análisis exhaustivo del proyecto desde la perspectiva del interés del niño o niña
TOGO

La AC de Togo –el *Comité national d'adoption d'enfants au Togo* (CNAET)– vela cuidadosamente por que el carácter intrafamiliar de la adopción no sea la única razón para justificar su declaración y que esté guiada por el interés del niño o niña.

Estudio exhaustivo del expediente del niño o niña: El expediente del niño o niña es la primera herramienta de análisis del cumplimiento de la adopción con el interés del niño o niña. Los distintos informes incluidos en este expediente deben permitir rastrear la identidad y la historia del niño o niña, pero también contar con un estudio completo de su contexto social (condiciones de vida, escolaridad, vínculos con los padres y los hermanos, búsqueda de soluciones de conformidad con el principio de subsidiariedad), con un análisis de las motivaciones, un entendimiento de las consecuencias psicológicas del cambio de filiación y un análisis médico del estado del niño o niña. El expediente debe también incluir todos los consentimientos exigidos.

Entrevistas con los padres y el niño o niña: El CNAET se entrevista con los padres biológicos y con el niño o niña, juntos y de forma separada, para averiguar si el consentimiento ha sido libre, informado y otorgado sin compensación, y si la adopción se plantea efectivamente en el interés superior del niño o niña.

Con este procedimiento, a lo largo de los últimos dos años, el CNAET ha emitido una decisión negativa en varios casos, entre ellos:

- Un proyecto de adopción simple de un niño de 14 años, que vivía con ambos padres biológicos y sus dos hermanos. Los PAP, por su parte, tenían dos hijos biológicos. El CNAET consideró que las motivaciones del proyecto no eran para proteger al niño, y que los PAP, sin deseo de ampliar su familia, podían apoyar económicamente a los padres biológicos en el cuidado del niño.

- Un proyecto de adopción simple de un niño de 15 años, cuyos padres biológicos seguían con vida. Los PAP, de aproximadamente 60 años, ya tenían dos hijos juntos y el padre también tenía otros dos hijos nacidos fuera de este matrimonio. Estos no eran aceptados por la esposa. El CNAET rechazó este expediente, considerando que las verdaderas motivaciones no pretendían una adopción y que existía un riesgo elevado de fracaso. Alentó a los PAP a apoyar al niño en el seno de su familia biológica.

En sus respuestas al cuestionario del SSI/CIR, varios Estados de recepción han señalado que la evaluación de la situación del niño o niña y de su adoptabilidad le compete al Estado de origen y que, por tanto, les es difícil rechazar la continuación del procedimiento cuando el Estado de origen considera que la adopción redunda en el interés superior del niño o niña.

Convenio de La Haya de 1993

Art. 17. En el Estado de origen sólo se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos si: (...)

c) las Autoridades Centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción.

Si bien el SSI/CIR entiende estas dificultades, advierte que las motivaciones que justifican la adoptabilidad se encuentran a menudo en las motivaciones de los PAP. Corresponde entonces a los Estados de recepción asumir las consecuencias, en particular al momento de otorgar el certificado de idoneidad o de enviar el expediente. Además, el SSI/CIR quisiera reiterar el principio de corresponsabilidad establecido por el *Convenio de La Haya de 1993*, así como el rol fundamental que puede jugar su artículo 17.c), relativo a la continuación del procedimiento[112], en este tipo de situaciones (véase el cuadro adjunto).

Recomendaciones del SSI/CIR:

El SSI/CIR reafirma que los estándares internacionales que rigen la adopción no deben ser omitidos en virtud de que la adopción planteada es intrafamiliar. En todos los casos, esta adopción únicamente debe tener lugar si se identifica una verdadera necesidad en el niño o niña y si redunda en su interés superior. En consecuencia, mientras reconoce la importancia para el niño o niña de poder seguir viviendo en su familia extensa, el SSI/CIR recuerda, como lo ha manifestado en varias ocasiones, en particular en el *Manifiesto por una ética de la adopción internacional*, que *"[e]l interés superior del niño, en el ámbito del respeto del conjunto de sus derechos, constituye la consideración primordial que debe guiar el conjunto del proceso adoptivo, excluyendo cualquier otra forma de influencia"*.

112 SSI/CIR (2018). *Acuerdo de seguimiento del procedimiento de adopción. Artículo 17 c) del Convenio de La Haya de 1993: Resumen del estudio*. Disponible bajo petición a: irc-cir@iss-ssi.org.

No obstante, con el fin de analizar si la adopción intrafamiliar responde a las necesidades y al interés superior del niño o niña, varios elementos deben necesariamente ser tomados en cuenta, tanto por los Estados de origen como por los Estados de recepción. La Comisión Especial de 2021 debería ser la oportunidad para los Estados de reflexionar juntos sobre estos elementos y de inspirarse del párrafo 62 de las Directrices. En este contexto, podrían evaluarse en particular (pero no exclusivamente):

Directrices

Párr. 62. La planificación del acogimiento y de la permanencia debería basarse principalmente en la naturaleza y la calidad de los vínculos del niño con su familia, la capacidad de la familia para salvaguardar el bienestar y el desarrollo armonioso del niño, la necesidad o el deseo del niño de sentirse parte de una familia, la conveniencia de que el niño no salga del ámbito de su comunidad o su país, sus antecedentes culturales, lingüísticos y religiosos y sus relaciones con sus hermanos, a fin de evitar separarlos.

- La relación del niño o niña con sus padres biológicos y posibles hermanos y hermanas;
- La toma en cuenta de la opinión del niño o niña sobre la adopción intrafamiliar planteada;
- La toma en consideración de la opinión del niño o niña sobre la posibilidad de una adopción internacional extrafamiliar u otros tipos de acogimiento transfronterizo;
- Las necesidades específicas del niño o niña (por su edad, modo de apego, posibles particularidades a nivel físico o psicológico, etc.);
- La toma en cuenta de la opinión de los hijos o hijas de los PAP y los hermanos o hermanas de la persona adoptada;
- El grado de parentesco entre el niño o niña y los PAP;
- La calidad del vínculo entre el niño o niña y los PAP (grado de conocimiento, frecuencia de los contactos, criterios sociales, culturales y lingüísticos, etc.);
- Las motivaciones (*véase la Sección III.2.1.2*) que sustentan esta adopción intrafamiliar.

2.2.2 Garantizar una verdadera evaluación de los padres adoptivos potenciales

Como lo destacó Alemania, *"el hecho de que el niño o niña y los PAP sean de la misma familia no significa automáticamente que los PAP son idóneos para adoptar a este niño o niña. El niño o niña siendo conocido, es esencial interesarse en su historia, sus propias características y ver cómo los PAP podrán responder a estas"*. Por otra parte, como lo explica Eslovenia, *"en el caso de las adopciones intrafamiliares, además de evaluar, como para todos los PAP, su capacidad para ser buenos padres adoptivos, también es necesario evaluar sus motivaciones y la naturaleza de la relación entre el niño o niña y los PAP, con el fin de garantizar que la adopción sea exitosa y que redunde en el interés superior del niño o niña"*.

Recomendaciones del SSI/CIR:

El análisis preliminar de las motivaciones de los PAP llevado a cabo por las AC (*véase la Sección III.2.1.2*), que pretende únicamente reorientar el proyecto en caso de contrariedad manifiesta con el interés del niño o niña, en absoluto priva de su importancia el análisis exhaustivo de las mismas por los profesionales a cargo de la evaluación psicosocial.

Su evaluación debe, por tanto, ser tan minuciosa como para las adopciones clásicas, pero también integrar las especificidades de la adopción intrafamiliar. Así, además de los criterios habituales[113], deberán estudiarse con cuidado cuestiones como las alteraciones en la filiación o la preservación del vínculo con la familia biológica.

Además, es importante que la evaluación refleje la capacidad de los PAP para responder a las necesidades específicas del niño o niña. Sería muy pertinente que los profesionales del Estado de recepción pudieran contar, desde la evaluación, con el informe sobre el niño o niña compartido por el Estado de origen, con el fin de adaptar la gestión de la evaluación y la preparación de los PAP a las necesidades específicas del niño o niña.

2.3 Garantizar la preparación y el acompañamiento del triángulo adoptivo

2.3.1 Garantizar una preparación específica de todos los integrantes del triángulo adoptivo

La adopción intrafamiliar plantea numerosas cuestiones específicas. Por ello, es importante prever sesiones de sensibilización dedicadas a este tipo de proyectos para todas las partes involucradas.

Respecto de la preparación de los PAP, se han creado capacitaciones específicas en Bélgica, Francia y Luxemburgo. La práctica desarrollada en Francia por el organismo acreditado público en materia de adopción será presentada a continuación.

Capacitación de los padres adoptivos potenciales sobre las particularidades de la adopción intrafamiliar
Agence Française de l'Adoption (FRANCIA)

Lanzadas en 2017 y moderadas conjuntamente por la persona a cargo del país, el médico y la psicóloga de la *Agence Française de l'Adoption* (AFA), estas capacitaciones particulares han sido organizadas para los PAP con proyectos de adopción intrafamiliar en Haití y Togo. Son una oportunidad para recordar las particularidades del procedimiento y los plazos (generalmente idénticos a los de un procedimiento de adopción internacional clásica, incluso a veces más largos), de crear vínculos entre las familias, de presentar los servicios de salud disponibles cuando regresen y de abordar, de forma lúdica, mediante un grupo de conversación, temáticas centrales a la adopción internacional en general y a la intrafamiliar en particular, como la alteración de la filiación. Es una oportunidad para volver a centrar el proyecto en el niño o niña, cuestionar su factibilidad y, sobre todo, todas sus ventajas y riesgos para el niño o niña, con el fin de contribuir, en la medida de lo posible, a la reducción de los fracasos.

Además, los niños y niñas deben estar sujetos a un verdadero acompañamiento. Por ello, es fundamental que los Estados de origen desarrollen programas para su preparación y que estén completamente informados de los cambios que la adopción, incluso por familiares, puede conllevar en sus vidas.

113 Fronek, P. *Evaluación de los potenciales padres adoptivos. En: Jeannin, C. (Ed.) (2018). Fortaleciendo las competencias: Aprender de los fracasos en la adopción internacional.* Ginebra, Suiza: SSI, págs. 110 a 113. Disponible en: https://www.iss-ssi.org/images/Publications_ISS/ESP/ICA_Breakdowns_ESP.pdf.

También incumbe a estos Estados desarrollar programas de preparación adaptados para las familias biológicas, para explicarles las consecuencias de esta adopción e informarles de posibles alternativas.

El SSI/CIR recuerda aquí las ventajas de la adopción abierta[114] y la importancia de abordar la cuestión de la preservación de los vínculos en la preparación, tanto de los padres biológicos como de los PAP.

Recomendaciones del SSI/CIR:

El SSI/CIR invita a todos los Estados de recepción a desarrollar módulos específicos de capacitación para las adopciones intrafamiliares, tomando en cuenta las particularidades de estos proyectos. Estas capacitaciones deben ser una oportunidad para los PAP de reflexionar sobre otras opciones y sobre los desafíos a los cuales se deberán enfrentar. Asimismo, el SSI/CIR alienta a los Estados de origen a que preparen a los padres biológicos y a los niños y niñas para estos proyectos y el conjunto de sus consecuencias, así como a los Estados de recepción en relación con sus responsabilidades en la preparación, evaluación y apoyo a los PAP.

2.3.2 Garantizar un acompañamiento específico de todos los integrantes del triángulo adoptivo

A lo largo del proceso de adopción intrafamiliar, los PAP, el niño o niña y, en su caso, la familia biológica tienen el derecho al mismo acompañamiento de calidad que en cualquier otro proyecto de adopción.

Un Estado de recepción considera que los PAP que saben el idioma y conocen las estructuras gubernamentales del Estado de origen no necesitan el mismo acompañamiento que otros PAP, y que el simple recurso a un abogado para los trámites jurídicos es suficiente. No obstante, deben plantearse aquí varias advertencias:

- El conocimiento del funcionamiento de los organismos locales, si bien puede ser una ventaja, también puede ser un factor de riesgo y abrir la puerta a prácticas ilícitas o, al menos, a malas prácticas.
- Los PAP que a menudo ya han vivido muchos años en el Estado de recepción, o incluso ya han nacido en él, pueden estar alejados de las realidades locales y tener una visión errónea de ellas.
- Incluso si los PAP y el niño o niña se conocen, es fundamental que un profesional especializado pueda garantizar localmente que existen las condiciones propicias para una adopción exitosa con el fin de prevenir los riesgos de fracaso.

Recomendaciones del SSI/CIR:

Por ende, el SSI/CIR considera que las adopciones intrafamiliares deben ser objeto de una preparación y de un acompañamiento de una calidad igual a las demás adopciones. Las particularidades de este tipo de proyectos, que no deben menospreciarse, también deben integrarse durante todo el proceso con cada integrante del triángulo adoptivo, incluso a largo plazo.

114 *SSI/CIR (2015). Desde una mayor apertura de las adopciones hasta las adopciones totalmente abiertas: Estado de la situación y perspectivas.* Disponible en: https://www.iss-ssi.org/images/country-situation/Adopcion_abierta.pdf.

2.3.3 Reconocer las adopciones intrafamiliares conformes al Convenio de La Haya de 1993 y condenar aquellas que eluden los estándares

- Adopciones internacionales intrafamiliares declaradas en el marco del Convenio de La Haya de 1993

Cuando la adopción intrafamiliar es declarada en el marco del Convenio de La Haya de 1993 y que las garantías previstas por este Convenio han sido respetadas, debería beneficiarse del sistema de reconocimiento automático previsto por los artículos 23.1 y 24 del Convenio.

Convenio de La Haya de 1993

Art. 23.1. Una adopción certificada como conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes (...).

Art. 24. Solo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

No obstante, la situación es distinta cuando la adopción es declarada fuera del marco de este Convenio o no cumple con el mismo.

- Adopciones internacionales intrafamiliares declaradas en un Estado no contratante del Convenio de La Haya de 1993

Antes de reconocer la adopción, es importante que las jurisdicciones puedan asegurarse de que las garantías éticas hayan sido respetadas y de que la adopción sea conforme al interés del niño o niña.

Sin embargo, el SSI/CIR reconoce que los Estados pueden, al respecto, ver sus acciones limitadas por sus normas de Derecho Internacional Privado relativas al reconocimiento y a la ejecución de decisiones extranjeras. Por ello, es importante adoptar marcos nacionales que reproduzcan las garantías previstas en el *Convenio de La Haya de 1993* y prever normas específicas en materia de reconocimiento de las decisiones en caso de incumplimiento de las disposiciones legales.

- Adopciones internacionales intrafamiliares declaradas eludiendo las disposiciones del Convenio de La Haya de 1993

Art. 33. Toda Autoridad competente que constate que no se ha respetado o que existe un riesgo manifiesto de que no sea respetada alguna de las disposiciones del Convenio, informará inmediatamente a la Autoridad Central de su Estado. Dicha Autoridad Central tendrá la responsabilidad de asegurar que se toman las medidas adecuadas.

Con el fin de evitar que se lleven a cabo adopciones nacionales en vez de adopciones internacionales cubiertas por las garantías del *Convenio de La Haya de 1993*, es importante adoptar marcos normativos estrictos, que prevean sanciones en caso de incumplimiento, incluso involuntario, del Convenio, mientras también se encuentren medios para iniciar un nuevo procedimiento conforme al Convenio.

Una reciente jurisprudencia en Francia demuestra los efectos positivos del mecanismo de cooperación entre autoridades, previsto en el artículo 33 del Convenio de La Haya de 1993, en caso de incumplimiento del mismo.

La aplicación del artículo 33 del Convenio de La Haya de 1993
FRANCIA
Fallo de la 1ª Cám. Civ. de 18 de marzo de 2020 (no. 19-50.031)

Un tribunal francés había declarado la adopción intrafamiliar simple de un niño que residía habitualmente en Haití, sin aplicar el Convenio de La Haya de 1993. La madre biológica, con quien vivía el niño, presentó una solicitud de visa-adopción ante la Embajada de Francia en Haití. Al advertir una violación del Convenio y con fundamento en la aplicación del artículo 33, la Embajada avisó a la AC francesa, quien informó al Ministerio Público. Se elaboró un recurso contra la decisión judicial en el interés de la ley[115], y el tribunal supremo (*Cour de cassation*) anuló esta última y recordó solemnemente la obligación que incumbe a los jueces ante una adopción internacional de averiguar de oficio el respeto por el Convenio de La Haya de 1993.

Los procedimientos de regularización previstos en Bélgica y Nueva Zelanda también son fuente de inspiración para responder a estas prácticas ilícitas.

Regularización de las situaciones mediante un nuevo procedimiento de conformidad con el Convenio de La Haya de 1993
BÉLGICA Y NUEVA ZELANDA

Una adopción nacional llevada a cabo en un Estado contratante del Convenio de La Haya de 1993 no será reconocida para permitir al niño o niña ingresar al territorio u obtener la ciudadanía. El procedimiento deberá ser regularizado mediante un nuevo procedimiento de conformidad con las disposiciones del Convenio.

Recomendaciones del SSI/CIR:

Con el fin de prevenir los incumplimientos con el Convenio de La Haya de 1993, el SSI/CIR invita a todos los Estados que aún no lo hayan hecho, tanto de recepción como de origen, a:

1) Fortalecer sus marcos normativos, en particular:

- Estableciendo claramente los criterios aplicables para que una adopción sea nacional;
- Previendo normas claras de reconocimiento de las adopciones nacionales extranjeras;
- Adoptando una legislación relativa a la adopción internacional que refleje el conjunto de principios del Convenio de La Haya de 1993 y que prevea, en particular, la obligación de entrega de un acuerdo para la continuación del procedimiento para todas las adopciones internacionales, incluso con Estados no contratantes;
- Prohibiendo las adopciones privadas e independientes (*véase la Sección III.1.1.4*).

115 El recurso en el interés de la ley (*pourvoi dans l'intérêt de la loi*) es una disposición del procedimiento civil francés que permite al Procurador General ante el tribunal supremo (*Cour de cassation*) apelar una decisión judicial ya definitiva. La casación, con este fundamento jurídico, no tiene efecto entre las partes (la decisión judicial mantiene sus efectos) pero permite garantizar la defensa del interés superior de la ley.

2) Prever capacitaciones periódicas sobre el Convenio de La Haya de 1993, en particular en materia de adopción intrafamiliar, dirigidas a:

- operadores de la AC y de los OAA;
- magistrados a cargo de cuestiones de adopción;
- responsables de los servicios consulares y de las autoridades migratorias.

2.4 Garantizar el seguimiento post-adoptivo y establecer una cooperación en caso de fracaso

Incumbe a los Estados de recepción garantizar el seguimiento post-adoptivo para identificar eventuales dificultades. Los PAP deben ser sensibilizados en cuanto a la necesidad de este seguimiento desde la fase de evaluación y preparación. La firma de un compromiso de seguimiento post-adoptivo puede ser recomendable y este debería garantizar el acceso a todos los servicios y programas de apoyo post-adoptivos existentes en el Estado de recepción. En caso de fracaso de la adopción, conviene considerar una cooperación entre la AC del Estado de recepción y la del Estado de origen. El *Convenio de La Haya de 1996* puede ser un instrumento para esta cooperación[116].

Una cooperación estrecha con el Estado de origen en caso de fracaso
FRANCIA

En una de estas situaciones abordadas caso por caso, la AC francesa –la *Mission de l'adoption internationale* (MAI)– informó a la AC del Estado de origen del regreso del niño con el fin de que, si su derecho interno así lo permitía, se tomaran medidas para responder a su interés y, en particular, proteger su estatus jurídico (retiro de la autoridad parental a los padres adoptivos, revocación en caso de adopción simple…). En aquellos casos en los que no existía un acuerdo bilateral entre los dos Estados en materia de protección a la niñez, las AC pudieron actuar como intermediarios para acordar, de forma amistosa, con los padres adoptivos, el monto de una pensión alimenticia para los gastos de cuidado del niño o niña.

Recomendaciones del SSI/CIR:

- Sensibilizar a los PAP, desde la preparación, acerca de la importancia del seguimiento post-adoptivo, que debe concebirse como un apoyo disponible y no como un control obligatorio;
- Hacer firmar a los PAP un compromiso de seguimiento post-adoptivo;
- Fomentar la cooperación entre las AC en caso de fracaso de las adopciones;
- Promover la ratificación del Convenio de La Haya de 1996, garantizar la capacitación de todos los profesionales involucrados en relación con este Convenio y promover su aplicación en casos de fracaso.

116 Martinez-Mora, L. *Los convenios internacionales y los fracasos en las adopciones internacionales.* En: Jeannin, C. (Ed.) (2018). *Supra* 113, págs. 57 a 59.

Conclusión

Las adopciones internacionales intrafamiliares constituyen una medida de protección a la niñez importante, la cual, en principio, permite preservar cierta continuidad familiar y cultural para el niño o niña, cuando este se encuentre privado de su familia. No obstante, las adopciones internacionales intrafamiliares no son una excepción al principio fundamental según el cual el niño o niña debe permanecer en el centro de los procedimientos y su interés debe prevalecer sobre el de todos los demás, más allá de las prácticas culturales, del deseo de hijo o hija o de las proyecciones para su futuro material. Nuevamente, se hace un llamado a la responsabilidad conjunta de los Estados de recepción y de origen para garantizar, juntos, que las adopciones intrafamiliares no ocurran fuera del marco normativo internacional que los une. En particular, conviene velar por que no sean objeto de procedimientos "menos estrictos", mientras su particularidad convoca a un perfeccionamiento de estos últimos, y que esta opción únicamente se plantee cuando sea la mejor para el niño o niña. Al respecto, el SSI/CIR recuerda el rol fundamental que pueden jugar las Directrices y el Convenio de La Haya de 1996 en la determinación de la medida de protección a la niñez más apropiada, inclusive en el marco de los acogimientos transfronterizos. Le complace al SSI/CIR poder generar un intercambio de prácticas prometedoras desarrolladas en numerosos Estados así como discusiones, que espera productivas, entre los Estados, puesto que su estrecha cooperación es la respuesta última al gran desafío planteado por esta publicación: la ejecución de adopciones internacionales intrafamiliares totalmente respetuosas de los derechos de los niños y niñas.

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 2020. Todos los derechos reservados.

Queda prohibido reproducir, copiar o distribuir la presente publicación sin el permiso del Servicio Social Internacional.

ISBN: 978-2-940629-14-5