Boletín Mensual n° 2/2005
Febrero 2005

Editorial
Un niño es igual a otro niño: el principio de no discriminación aplicado a la adopción

La prohibición de la discriminación es un principio fundamental de la protección de los derechos humanos en general y de los derechos del niño en particular. Está consagrada en numerosos instrumentos internacionales y no puede ser objeto de ninguna derogación (derecho imperativo). La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) estipula especialmente que sus Estados partes deben respetar y garantizar los derechos que esta enuncia "*sin distinción alguna,* independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales" (art. 2.1). Sólo una aplicación de la Convención fiel a este principio asegura que *el interés superior del niño* sea respetado.

Sin embargo, este principio no prohíbe todas las distinciones entre individuos. Únicamente aquellas que no se basan en un fundamento legítimo están prohibidas. *Puede ocurrir incluso que la obligación de no discriminación imponga favorecer ciertas categorías de personas para compensar desequilibrios sociales que originan desigualdades.* El principio planteado aquí, a causa de su propia generalidad, debe ser por lo tanto precisado en función de los ámbitos en los que es necesaria su aplicación. **En materia de adopción, sus implicaciones son múltiples e imponen que sea matizado.**

Adopciones nacionales / internacionales

La CDN subraya así los riesgos de desigualdades que pueden estar ligados a la distinción entre adopciones nacionales e internacionales. Dispone que los Estados partes "velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen" (art. 21.c). Sin embargo, la práctica muestra que la hipótesis inversa debe ser planteada con igual, sino es que más, cuidado. En efecto, a menudo ocurre que las garantías otorgadas para los procedimientos de adopción nacional no alcanzan el nivel de protección previsto para los procedimientos internacionales. Conservando el artículo 21.c de la CDN toda su pertinencia, es indispensable recordar que los Estados tienen también la responsabilidad de velar por que los niños adoptados en su país beneficien, especialmente, de garantías legales y psicosociales (intervención de profesionales cualificados y controlados, verificación de la adoptabilidad del niño y de la aptitud de los candidatos adoptantes, preparación del niño y de los padres, "*matching*" profesional, seguimiento de la adopción) equivalentes a las previstas para la adopción internacional.

Adopciones en / fuera del marco de la Convención de La Haya de 1993 (CLH-1993)

Dado que la CLH-1993, al igual que todo tratado internacional, sólo vincula a los Estados partes, el desarrollo de los procedimientos de adopción internacional puede variar dependiendo de si los Estados implicados son o no partes de esta Convención. En el segundo caso, puede que no se apliquen las garantías fundamentales y esto va en detrimento del interés superior del niño. Por esta razón principalmente la Comisión Especial sobre el Funcionamiento Práctico de la CLH-1993, reunida por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya del 28 de noviembre al 1 de diciembre de 2000, recomendó a los Estados partes "que aplicaran los estándares y garantías contenidas en la Convención, en la medida de lo posible, a las adopciones internacionales efectuadas con los Estados no partes"[1].

El SSI/CIR recomienda que los países de origen miembros de la CLH-1993 prevean garantías paralelas para todos los niños adoptados internacionalmente, ya sea en un país miembro o no de la Convención. Igualmente, los países de acogida miembros de la CLH-1993 deberían prever garantías paralelas para todos

[1] *Informe y Conclusiones de la Comisión Especial sobre el Funcionamiento Práctico de la CLH-1993 28 noviembre – 1diciembre 2000,* establecidas por la Oficina permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, abril 2001, www.iss-ssi.org/Resource_Centre/Tronc_CI/rapportcomspe2000.PDF, par. 56, recomendación n° 11.

Nueva dirección de correo-e: irc-cir@iss-ssi.org
32, Quai du Seujet - 1201 Ginebra – Suiza – Tel.: +41 22 906 77 00 – Fax: +41 22 906 77 01— Página Web : www.iss-ssi.org

los niños adoptados por sus residentes (por ejemplo la prohibición para los adoptantes de pasar, en los países de origen, por intermediarios cuya fiabilidad no ha sido verificada, o de elegir al niño), procedentes o no de un país miembro de la Convención[2].

Los Estados concernidos deberán mostrarse particularmente atentos a las reglas que prevén la subsidiariedad de la adopción, la verificación de la adoptabilidad del niño, la lucha contra los beneficios materiales indebidos, la cooperación entre Autoridades de los países de origen y acogida, la acreditación de los intermediarios en la adopción, la información de todas las partes, la verificación de la aptitud de los candidatos adoptantes y la prohibición de todo contacto entre estos y los padres o los tutores del niño antes de la declaración, por las autoridades competentes, de la adoptabilidad del niño y de la aptitud de los candidatos adoptantes.

Adopciones (nacionales e internacionales) a través de un organismo acreditado / independientes

La posibilidad de los candidatos adoptantes de recurrir o no a un organismo de adopción acreditado puede ser también un factor de desigualdad entre los niños. Los organismos acreditados son especialmente garantes, con y bajo el control de los Estados, de la existencia, el profesionalismo y el carácter pluridisciplinario del trabajo médico, legal y psicosocial (información, preparación, acompañamiento) en favor del niño, de la familia de origen y la familia adoptiva. Tienen el rol del "tercero de proximidad" y realizan la necesaria intervención y mediación de la sociedad y el Estado en la protección de los niños privados de familia. Incluso en este caso, hay que asegurarse de que los niños en proceso de adopción beneficien de los mismos derechos independientemente de que el organismo en cuestión sea público o privado. Además, especialmente en la hipótesis de la adopción internacional, se debe garantizar el profesionalismo y la fiabilidad de los intermediarios en los países de origen.

En el caso de adopción independiente, este papel de tercero no existe y puede que falten ciertas garantías. Es por esta razón que el SSI es favorable a las adopciones efectuadas a través de la intermediación de un organismo acreditado (ver los Editoriales de los Boletines 70, www.iss-ssi.org/Edito.70.esp.pdf y 71, www.iss-ssi.org/Edito.71.esp.pdf). Si aún así la adopción independiente es autorizada por ciertos Estados, estos deben asegurarse de que todas las funciones de un organismo acreditado (incluyendo en el caso de adopción internacional la verificación de la fiabilidad y la formación del intermediario en el país de origen) son realizadas, con las mismas garantías, por instancias oficiales.

Adopciones (nacionales e internacionales) heterofamiliares / intrafamiliares

El principio de no discriminación también exige que las adopciones intrafamiliares (del niño del esposo o de un niño emparentado con al menos uno de los adoptantes) beneficien todo lo posible del mismo grado de garantías que las adopciones heterofamiliares (de un niño no emparentado). Esto es particularmente importante en lo que concierne al respeto del principio de subsidiariedad, la búsqueda del interés superior del niño, la verificación de la adoptabilidad médico-psico-social y legal del niño, así como la aptitud de los candidatos adoptantes, la preparación de todos los interesados y el seguimiento de la situación. En la práctica actual éste no es sistemáticamente el caso.

Adopción de los niños con necesidades especiales

En el caso de los niños "con necesidades especiales", el principio de no discriminación impone la puesta en práctica de *medidas (positivas) específicas.* Aquí ya no se trata de impedir una diferenciación arbitraria entre los individuos concernidos, al contrario, se trata de que estos niños reciban un tratamiento específico y adaptado a sus "necesidades especiales" (a este respecto pueden encontrar un comentario más elaborado en el Editorial del Boletín 67, www.iss-ssi.org/Edito.67.esp.pdf).

Tal y como lo muestra la adopción, el principio de no discriminación no puede ser aplicado mecánicamente. Tiene que ser evaluado y adaptado a cada contexto. Según el caso, necesita o bien identificar las diferencias de trato que no pueden ser justificadas en el interés superior del niño, o bien al contrario, adoptar medidas específicas adecuadas a compensar las desigualdades de hecho. Sólo este enfoque matizado permite asegurar en la práctica que un niño sea igual a un niño.

El equipo del SSI/CIR

[2] La ley belga del 24 de abril de 2003, por ejemplo, prevé garantías similares para todas las adopciones internacionales, independientemente del derecho aplicable en el país de origen y que el país de origen concernido sea miembro o no de la CLH-1993.

Nueva dirección de correo-e: irc-cir@iss-ssi.org
32, Quai du Seujet - 1201 Ginebra – Suiza – Tel.: +41 22 906 77 00 – Fax: +41 22 906 77 01— Página Web : www.iss-ssi.org