

Carmen Elisa Palacios

Abogada de la Universidad Javeriana  
Especialista en Derecho de Familia  
Consultora Independiente

Bogotá, mayo 2004

## **COMENTARIOS SOBRE: CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y CONVENIO DE LA HAYA, RELATIVO A LA PROTECCION DEL NIÑO Y A LA COOPERACION EN MATERIA DE ADOPCION INTERNACIONAL**

Es particularmente importante tener en cuenta que el soporte de estos Convenios internacionales se apoya en la siguiente lógica: EN TODAS LAS MEDIDAS CONCERNIENTES A LOS NIÑOS QUE TOMEN LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS O PRIVADAS DE BIENESTAR SOCIAL, LOS TRIBUNALES, LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS O LOS ÓRGANOS LEGISLATIVOS, UNA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL A QUE SE ATENDERÁ SERÁ EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO (las mayúsculas no corresponden al texto original, art. 3º., párrafo 1º., C. D. N<sup>1</sup>.)

Advertencia: para entender el alcance del Convenio de La Haya es indispensable por lo tanto, mirar el C. D. N. en sus grandes lineamientos.

En resumen el C. D. N. establece en relación con los derechos del niño y la familia:

---

<sup>1</sup> C. D. N.: Convenio sobre los Derechos del Niño. Ley No. 12 del 22 de enero de 1991

a) El derecho a la convivencia familiar y a la obligación del Estado de respetar y apoyar a los padres en el ejercicio de sus responsabilidades, derechos y deberes con relación a los niños/as (artículos 3 y 5)

b) La obligación que tiene el Estado de asegurar que el niño en la medida de lo posible, conozca a sus padres y sea cuidado por ellos (artículo 7). La dificultad está en el desarrollo legislativo de este enunciado, en el sentido de las políticas públicas que determine cada estado para cumplir con este principio, en concordancia con su situación, el caso Colombiano es verdaderamente sui generis, por lo tanto este principio no tiene cabida en forma completamente radical

c) El reconocer y garantizar de que ambos padres tienen obligaciones comunes en relación con la crianza y cuidado de los niños, que es responsabilidad primordial de estos la crianza y desarrollo del niño. El Estado debe apoyar el ejercicio de este derecho (artículo 27). Educando y creando una cultura de la responsabilidad compartida.

d) La obligación del Estado de asegurar un nivel de vida que permita un adecuado desarrollo físico, mental, espiritual y moral, apoyando de acuerdo a sus posibilidades que los padres u otras personas responsables del niño cumplan con esta obligación. (Artículo 27). Sin caer en actitudes paternalistas y ofertas económicas, que el Estado no puede cumplir y que no se compaginan con los requerimientos de los estados modernos.

e) La obligación que tienen los Estados de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, que incluye las relaciones familiares (artículo 8). La globalización pone en tela de juicio este enunciado.

f) La prohibición de que los niños sean objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia (artículo 16).

g) La obligación de asegurar que el niño "... no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables... "que esta separación es en beneficio del interés superior del niño (artículo 9).

#### LA ADOPCIÓN SURGE COMO UNA RESPUESTA A LOS NIÑOS PRIVADOS DE SU MEDIO FAMILIAR

Si un niño ha sido privado temporal o permanentemente de su medio familiar el Estado debe asumir la responsabilidad de dar una respuesta a esta situación, y para el efecto se plantea que debe existir una serie de medidas para asegurar esta protección especial. El artículo 20, numeral 3 establece que "Entre estos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación de 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, cultural y lingüístico".

Esta disposición del C.D.N. deja en claro dos elementos vinculados, las respuestas a la privación temporal o permanente del medio familiar. En primer lugar deben agotarse medidas de carácter familiar antes de tomar medidas de tipo institucional, y las medidas o medida que se tome debe asegurar, en lo posible, que el niño permanezca en su medio.

Otras normas del C.D.N. abundan en este segundo elemento, así el artículo 8 numeral 1 establece que "Los Estados Partes se comprometen a respetar el

derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas”.

Es evidente que un niño que se encuentra bajo una medida de protección sigue disfrutando de todos los derechos contenidos en el C.D.N. En este sentido, existen una serie de requisitos en relación a las medidas, y deben ser consideradas al tomar una resolución de separación temporal o permanente de su medio familiar.

La adopción de acuerdo al C.D.N. es una medida de restitución de derechos a **los niños privados de su medio familiar**. De acuerdo al artículo 20 antes citado.

Esta disposición sobre la adopción debe ser leída en conjunto con otras normas del C.D.N., especialmente los artículos 3 (numeral 2), 5, 7, 8, 9, 12, 16, 18, 27, y por supuesto el artículo 21 que trata de manera específica a la adopción.

Recordemos, que si el niño es separado de su familia el Estado asume una serie de obligaciones fundamentales con él. Por un lado, debe proveerle de una protección y asistencia especiales de parte de éste, pero teniendo en cuenta que debe buscar la restitución de un derecho violado, el derecho a vivir en un medio familiar, buscando que la medida que se tome permita una continuidad en su educación, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Esto implica que la primera obligación del Estado sea buscar que la familia del niño pueda cumplir con sus obligaciones y responsabilidades, y sólo una vez que se hayan agotado todos los medios en la búsqueda de que ésta cumpla con sus obligaciones, se le separe de sus familiares, así como una vez que se verifique que puede ser dado en adopción la última medida sea la adopción internacional, porque esta es resultado de haber agotado todas las posibilidades de adopción nacional.

## OBLIGACIONES DEL PAÍS EN RELACIÓN A LA ADOPCIÓN

En función de lo establecido en el C.D.N. sobre los Derechos del Niño y la Convención de la Haya, la adopción (en particular las adopciones internacionales) los Estados deben observar de manera obligatoria varios aspectos.

En el caso del C.D.N. sobre los Derechos del Niño:

- 1) La adopción es una medida excepcional, que busca cumplir con una finalidad: la restitución del derecho a vivir en familia.
- 2) Es una responsabilidad asignada exclusivamente al Estado, ya que únicamente puede ser autorizada por **autoridades competentes** y sobre la base de las leyes y procedimientos vigentes.
- 3) Que únicamente puede darse en función de la situación jurídica del niño en relación a sus padres, parientes y representantes legales, lo que implica que en ningún caso se realice mediante injerencias ilegales o arbitrarias en la vida del niño, y que la información que se disponga sea fidedigna y pertinente.
- 4) Que el niño y todas las personas involucradas en la adopción tengan conocimiento de todas las implicaciones de la misma, y que en todo el procedimiento se tenga en cuenta debidamente la opinión del niño y a partir de cierta edad se asegure que se cuente con su consentimiento para la adopción, así como de parte de sus padres, parientes o representantes legales.
- 5) La adopción internacional únicamente se puede dar cuando el niño no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen (subsidiaridad de la adopción)

internacional), y que en este caso únicamente se de si el país de destino del niño ofrezca salvaguardias equivalentes al país de origen.

6) Que la adopción no genere beneficios financieros indebidos.

7) En la adopción deben respetarse rigurosamente el principio de la integralidad de los derechos, debe efectuarse de manera que no se altere o vulnere otros derecho.

Para cumplir con estas obligaciones las principales disposiciones del C.D.N. establecen, que la consideración fundamental de la adopción es el respeto a los derechos del niño, en función de su interés superior y en concordancia a los derechos fundamentales.

En el caso de la C de la Haya:

1.- Como hemos visto anteriormente, la Convención de La Haya reconoce que la adopción internacional solo procede luego de que se agotan las posibilidades de que el niño sea adoptado por una familia de su propio país y que esta responde al interés superior del niño (artículo 4.b).

2.- Que es obligación del Estado ( en Colombia el ICBF cumple esta medida, ya que desarrolla las funciones de Autoridad Central) cerciorarse de que el niño es adoptable, y que se han otorgado los consentimientos de las personas competentes, es decir, de sus padres y del propio niño (artículo 4c y d), de estos consentimientos se han dado cuando las personas han sido convenientemente asesoradas y especialmente informadas sobre las consecuencias de su consentimiento.

3.- Que todas las decisiones a las que se refiere el artículo 4 sean tomadas de forma independiente.

4.- No puede existir contactos entre los solicitantes de la adopción y los padres biológicos o cualquier otra persona responsable del niño, únicamente se pueden dar estos contactos una vez que se hayan otorgado los consentimientos previstos en el artículo 4, y que se haya verificado que los “futuros padres adoptivos” son adecuados y aptos para adoptar (artículo 5 a) y luego que se hayan examinado adecuadamente las posibilidades de colocación en el país de origen (art. 4).

5.- Para que un niño sea dado en adopción al extranjero debe asegurarse que:

a) tanto el niño como los futuros padres adoptivos sean objeto de un informe social (art. 15 y 16); y, b) los futuros padres adoptivos deben haber sido asesorados adecuadamente y considerados aptos para adoptar (art. 5).

6.- Debe asegurarse que el niño ha recibido las correspondientes autorizaciones para salir del país de origen y entrar y poder residir en el país de recepción. Si el Estado de origen del niño considera que éste es adoptable, preparará un informe que contenga información sobre la identidad del niño, su adoptabilidad, su medio social, su evolución personal y familiar, su historia médica y la de su familia, así como sus necesidades particulares; que se han tenido debidamente en cuenta sus condiciones de educación, su origen étnico, religioso y cultural y se asegurará que existen los consentimientos del artículo 4 (art. 16).

7.- La invocación para que los Estados establezcan un sistema de control de gastos y honorarios referidos a las adopciones internacionales evitando la generación de beneficios financieros indebidos (art. 8 y 32).

8.- Las adopciones hechas según la Convención de La Haya serán reconocidas de manera automática por los Estados Partes, este reconocimiento de la adopción implica el establecimiento de un vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos; la responsabilidad de los padres hacia el niño; y, la interrupción del

vínculo de filiación preexistente según el derecho del Estado de origen del niño (art. 26).

9.- Debe conservarse la información relativa al origen del niño y deberá protegerse la identidad de los padres biológicos y ésta será protegida si la ley del Estado de origen no autoriza su divulgación, pero estos datos solo podrán ser divulgados al niño o a sus representantes, si la ley lo autoriza (art. 30).

10.- Para asegurar la protección debida a los niños, el C.D.N. establece un sistema de cooperación que implica el establecimiento de autoridades centrales y de un procedimiento que incluye a las agencias intermediarias.

11.- La “autoridad central”, para el caso colombiano el ICBF, es responsable del cumplimiento de las obligaciones del C.D.N., las competencias de ésta pueden ser delegadas a “autoridades públicas u otros organismos debidamente acreditados”, estas entidades deben ser controladas por el Estado.

A continuación, la transcripción completa del artículo 21 del C. D. N:

## CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Ley No. 12 del 22 de enero de 1991

### **Artículo 21.**

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

- a) Velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del



niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;

- b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
- c) Velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto a la adopción en el país de origen;
- d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
- e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectuó por medio de las autoridades y organismo competentes.

El cual tiene una particular importancia, pues de su contexto general se desprende el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional más conocido como Convención de La Haya, el cual data del 29 de mayo de 1993. Se debe aclarar que en dicho documento los términos Convenio y Convención se utilizan como sinónimos.

## COMENTARIOS FINALES:

El tercer milenio se enfrenta a una crisis global de sus sistemas tradicionales de socialización y de regulación social. Estas convenciones internacionales fueron pensadas y puestas en funcionamiento para sistemas de poder jerárquicos, y verticales, garantes de una cultura autoritaria y contenedora.

La situación del mundo, demuestra que esas formas de poder han venido perdiendo eficacia ante la entrada de formas de poder y de gestión social, horizontales, reticulares, de convivencia y negociadas, las cuales se instalaron en Colombia con su CP de 1991, y han tenido permanente desarrollo a través de la Corte Constitucional. El pluralismo y la democracia, exigen la puesta en marcha, de legislaciones que respondan a las necesidades de un mundo globalizado, y quizás nuestra tarea actual, antes de legislar, es la de repensar el alcance de estas convenciones a la luz de los particularismos de los estados y de la crisis generalizada de sus instituciones (políticas, sociales, jurídico-económicas)

Bogotá Mayo del 2004