

Año 6 • Número 10
Junio de 2009
Edición en Español

● ANUJ BHUWANIA

“Muy malos niños”: “La tortura India” y el informe de la Comisión sobre la Tortura en Madrás de 1855

● DANIELA DE VITO, AISHA GILL Y DAMIEN SHORT

El delito de violación tipificado como genocidio

● CHRISTIAN COURTIS

Apuentes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina

● BENYAM D. MEZMUR

La adopción internacional como medida de último recurso en África: promover los derechos de un niño y no el derecho a un niño

DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS EN MOVIMIENTO:
MIGRANTES Y REFUGIADOS

● KATHARINE DERDERIAN Y LIESBETH SCHOCKAERT

Respondiendo a los flujos “mixtos” de migración:
Una perspectiva humanitaria

● JUAN CARLOS MURILLO

Los legítimos intereses de seguridad de los Estados
y la protección internacional de refugiados

● MANUELA TRINDADE VIANA

Cooperación internacional y desplazamiento interno en Colombia:
Desafíos a la mayor crisis humanitaria de América del Sur

● JOSEPH AMON Y KATHERINE TODRYS

Acceso a tratamiento antirretroviral para las poblaciones
migrantes del Sur Global

● PABLO CERIANI CERNADAS

Control migratorio europeo en territorio africano: La omisión del
carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos



ISSN 1806-6445

SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS es una revista semestral publicada en inglés, portugués y español por Sur – Red Universitaria de Derechos Humanos. Disponible en Internet en <www.revistasur.org>.

A Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos está indexada en *International Bibliography of the Social Sciences* (IBSS).

CONSEJO EDITORIAL

Christof Heyns

Universidad de Pretoria (Sudáfrica)

Emilio García Méndez

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Fifi Benaboud

Centro Norte-Sur del Consejo de la Unión Europea (Portugal)

Fiona Macaulay

Universidad de Bradford (Reino Unido)

Flavia Piovesan

Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)

J. Paul Martin

Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Kwame Karikari

Universidad de Ghana (Ghana)

Mustapha Kamel Al-Sayyed

Universidad de El Cairo (Egipto)

Richard Pierre Claude

Universidad de Maryland (Estados Unidos)

Roberto Garretón

Ex – Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Chile)

Upendra Baxi

Universidad de Warwick (Reino Unido)

EDITORES

Pedro Paulo Poppovic

Oscar Vilhena Vieira

EDITORAS EJECUTIVAS

Daniela Ikawa y Juana Kweitel

EDICIÓN

Flavia Scabin, Thiago Amparo y Elaini Silva

DISEÑO GRÁFICO

Oz Design

EDICIÓN DE ARTE

Alex Furini

COLABORACIONES

Clara Parra y Rebecca Dumas

DISTRIBUCIÓN

Mila Dezan

IMPRESIÓN

Pro! Editora Gráfica Ltda.

SUSCRIPCIÓN Y CONTACTO

Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos

Rua Barão de Itapetininga, 93 – 5º andar - República

São Paulo - SP - Brasil - CEP 01042-908

Tel/Fax: 55 11 3884-7440

E-mail <surjournal@surjournal.org>

Internet <www.revistasur.org>

Agradecemos por el apoyo financiero de la Fundación Ford, Fondo de las Naciones Unidas para la Democracia y de la Fundación de las Naciones Unidas.

SUR – RED UNIVERSITARIA DE DERECHOS HUMANOS es una red de académicos cuya misión es fortalecer la voz de las universidades del Hemisferio Sur en el debate sobre derechos humanos y justicia social, así como promover una mayor cooperación entre estas y las Naciones Unidas. SUR es una iniciativa de Conectas Derechos Humanos, una organización internacional sin fines de lucro con sede en Brasil. (Sitios de Internet: www.conectas.org y www.conectasur.org)

CONSEJO CONSULTIVO

Alejandro M. Garro

Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Antonio Carlos Gomes da Costa

Modus Faciendi (Brasil)

Bernardo Sorj

Universidad Federal de Rio de Janeiro/Centro Edelstein (Brasil)

Bertrand Badie

Sciences-Po (Francia)

Cosmas Gitta

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD (Estados Unidos)

Daniel Mato

Universidad Central de Venezuela (Venezuela)

Ellen Chapnick

Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Ernesto Garzon Valdés

Universidad de Maguncia (Alemania)

Fateh Azzam

Representante Regional, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (Líbano)

Guy Haarscher

Universidad Libre de Bruselas (Bélgica)

Jeremy Sarkin

Universidad de Western Cape (Sudáfrica)

João Batista Costa Saraiva

Tribunal Regional de Niños y Adolescentes de Santo Ângelo/RS (Brasil)

José Reinaldo de Lima Lopes

Universidad de São Paulo (Brasil)

Julia Marton-Lefevre

Universidad para la Paz (Costa Rica)

Lucía Dammert

FLACSO (Chile)

Luigi Ferrajoli

Universidad de Roma (Italia)

Luiz Eduardo Wanderley

Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)

Malak Poppovic

Fundación de las Naciones Unidas (Brasil)

Maria Filomena Gregori

Universidad de Campinas (Brasil)

Maria Hermínia Tavares de Almeida

Universidad de São Paulo (Brasil)

Miguel Cillero

Universidad Diego Portales (Chile)

Mudar Kassir

Universidad Birzeit (Palestina)

Paul Chevigny

Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Philip Alston

Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Roberto Cuéllar M.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica)

Roger Raupp Rios

Universidad Federal de Rio Grande do Sul (Brasil)

Shepard Forman

Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Victor Abramovich

Universidad de Buenos Aires (UBA)

Victor Topanou

Universidad Nacional de Benin (Benin)

Vinodh Jaichand

Centro Irlandés de Derechos Humanos,

Universidad Nacional de Irlanda (Irlanda)

CONTENIDOS

ANUJ BHUWANIA	7	“Muy malos niños”: “La tortura India” y el informe de la Comisión sobre la Tortura en Madrás de 1855
DANIELA DE VITO, AISHA GILL Y DAMIEN SHORT	29	El delito de violación tipificado como genocidio
CHRISTIAN COURTIS	53	Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina
BENYAM D. MEZMUR	83	La adopción internacional como medida de último recurso en África: promover los derechos de un niño y no el derecho a un niño
Derechos Humanos de las Personas en Movimiento: <i>Migrantes y Refugiados</i>		
KATHARINE DERDERIAN Y LIESBETH SCHOCKAERT	107	Respondiendo a los flujos “mixtos” de migración: Una perspectiva humanitaria
JUAN CARLOS MURILLO	121	Los legítimos intereses de seguridad de los Estados y la protección internacional de refugiados
MANUELA TRINDADE VIANA	139	Cooperación internacional y desplazamiento interno en Colombia: Desafíos a la mayor crisis humanitaria de América del Sur
JOSEPH AMON Y KATHERINE TODRYS	163	Acceso a tratamiento antirretroviral para las poblaciones migrantes del Sur Global
PABLO CERIANI CERNADAS	189	Control migratorio europeo en territorio africano: La omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos

PRESENTACIÓN



Como hemos hecho en las últimas ediciones, destacamos en el número diez de la Revista Sur un tema al cual dedicamos cinco de los nueve artículos que lo componen. Se trata del problema de millones de migrantes y refugiados que se encuentran en situaciones precarias en muchos países del mundo. El artículo de Liesbeth Schockaert y Katherine Derderian de Médicos sin Fronteras describe de manera realista la terrible tragedia humana de los refugiados, además de discutir, desde el punto de vista de los derechos humanos, la noción de refugiado, considerando los criterios del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), con cuya orientación y patrocinio contamos para organizar la presente edición. Estos criterios y los fundamentos del sistema de protección internacional de refugiados son explicitados en el artículo de Juan Carlos Murillo Gonzáles.

Además de estos dos artículos, publicamos otros trabajos que tratan algunas cuestiones específicas relacionadas al tema de derechos humanos de migrantes y refugiados:

Cooperación internacional y desplazamiento interno en Colombia: Desafíos a la mayor crisis humanitaria de América del Sur, de Manuela Trindade Viana, analiza los problemas relacionados con los desplazamientos en Colombia, país en el que se concentra el 25% de los desplazamientos forzados existentes en el mundo.

Acceso a tratamiento antirretroviral para las poblaciones migrantes del Sur Global, de Joseph Amon y Catherine Todrys, de Human Rights Watch, denuncia la violación a las leyes que garantizan el acceso a la salud también a inmigrantes y refugiados.

Control migratorio europeo en territorio africano: La omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos, de Pablo Ceriani Cernadas, analiza las políticas deshumanas de control de la inmigración africana efectuada por los Estados europeos y por las instituciones de la Unión Europea en las costas y aguas de los países del norte de África.

Finalmente, completan el Nro. 10 los trabajos de Anuj Bhuwania; Daniela De Vito, Aisha Gill y Demian Short; Christian Courtis y por fin, de Benyan E. Mezmur.

El primer artículo argumenta que las prácticas modernas de tortura policial en la India son un legado del período colonial, como demuestra el análisis de informe de la Comisión sobre la tortura de Madrás de 1855. El segundo describe las consecuencias teóricas de la definición de violación como un caso particular

de genocidio. El tercero presenta algunos casos emblemáticos de aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en América Latina. Por último, el cuarto trata los problemas de las políticas de adopción de niños africanos por familias en otros continentes.

Esperamos que los artículos de este número contribuyan a enriquecer el debate y propongan soluciones a algunos de los crecientes problemas asociados al desplazamiento de vastos contingentes humanos expulsados de sus lugares de origen no solo por guerras, persecuciones y totalitarismos políticos, sino también por motivos económicos, cuyas consecuencias en detrimento de los derechos humanos son igualmente dramáticas.

Nos gustaría agradecer a los siguientes profesores y colaboradores su apoyo en la selección de los artículos que componen este número de la Revista: Carina du Toit, Carlos Ivan Pacheco Sánchez, Florian Hoffmann, Gaim Kibreab, Glenda Mezarobba, Guilherme da Cunha, Iniyan Ilango, Jeremy Sarkin, José Francisco Sieber Luz Filho, Juan Amaya Castro, Laura Pautassi, Malak Poppovic, Paula Miraglia, Rajat Khosla, Renata Reis, Roberto Garretón, Upendra Baxi.

Como informamos en nuestra página de Internet, asumimos a partir de este número nuevas reglas para citaciones y referencias bibliográficas con el fin de facilitar la lectura de los artículos. Considerando que este cambio es reciente, solicitamos comprensión frente a eventuales incorrecciones. En este sentido, nos gustaría agradecerles a los siguientes individuos su contribución en la formación de los artículos: Clara García Parra, Elaini Silva, Flavia Scabin, Mila Dezan, Rebecca Dumas y Thiago Amparo.

Finalizamos destacando el apoyo y orientación brindados por el ACNUR para la publicación de esta edición, originada como una iniciativa enmarcada en el capítulo de investigación y desarrollo doctrinal del "Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina" y orientada a favorecer la cooperación con las instituciones académicas y de investigación volcadas en la investigación, promoción y formación del derecho internacional de los refugiados.

Les estamos particularmente agradecidos a las oficinas del ACNUR en Argentina y Brasil, y a la Unidad Legal Regional para las Américas.

Los editores.



BENYAM D. MEZMUR

Investigador, Centro de Derecho de la Comunidad, Universidad de Western Cape. Licenciatura en Derecho (Addis Ababa) Maestría en Derecho (Pretoria), Doctorando (UWC).

Email: benyamdawit@yahoo.com

RESUMEN

La mayor popularidad de la adopción internacional no es nada nuevo. Pero sí lo es el mayor interés que están despertando los niños africanos en los potenciales padres adoptivos de otras partes del mundo, como es el caso de las adopciones realizadas por Angelina Jolie y Madonna. Las opiniones acerca de si la adopción internacional es necesaria y correcta están divididas, pero predomina la idea de que este tipo de adopción es la panacea para los niños sin padres y para los padres sin hijos. Por otra parte, algunos estados de origen se han resistido a colocar niños del Tercer Mundo privados de su medio familiar en hogares fuera de su país natal, por considerar que ésta es una práctica supuestamente “imperialista”. En los últimos tiempos, se ha dispuesto que la adopción internacional debería utilizarse como medida de último recurso; sin embargo, prácticamente no existen investigaciones sobre qué significa (o qué debería significar) esto en realidad, y cuáles son sus consecuencias para el derecho y la política de bienestar infantil en África. La finalidad de este artículo es contribuir a llenar este vacío.

Original en inglés. Traducido por Florencia Rodriguez

Recibido en febrero de 2009. Aceptado en junio de 2009.

PALABRAS CLAVE

Adopción internacional – Principio de subsidiariedad – Medida de último recurso – Derechos de los niños – África.

AGRADECIMIENTOS

Parte de la investigación para este artículo fue realizada durante mi beca de corta duración en el *Utrecht Centre for European Research in Family Law*, con sede en el *Molengraaff Institute for Private Law* (Universidad de Utrecht). Este trabajo se basa en la investigación patrocinada por la *National Research Foundation*.



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <www.revistasur.org>.

LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL COMO MEDIDA DE ÚLTIMO RECURSO EN ÁFRICA: PROMOVER LOS DERECHOS DE UN NIÑO Y NO EL DERECHO A UN NIÑO

Benyam D. Mezmur

1. Introducción

La mayor popularidad de la adopción internacional desde su introducción al escenario jurídico internacional, después de la Segunda Guerra Mundial, no es nada nuevo. Pero lo que sí es nuevo es el mayor interés que están despertando los niños africanos en los potenciales padres adoptivos de otras partes del mundo. No cabe duda de que este nuevo interés está alimentado, entre otros factores, por la amplia cobertura de los medios, que continúan acercando el sufrimiento de los niños abandonados y huérfanos de África al público de todo el mundo, y por las crónicas recientes de casos de adopción internacional de alto perfil que involucran a niños de África. Y aquí nos vienen a la mente las adopciones internacionales por parte de Angelina Jolie (en Etiopía) y Madonna (en Malawi).

Las opiniones acerca de si la adopción internacional es necesaria y correcta están divididas. Predomina la idea de que este tipo de adopción es la panacea para los niños sin padres y para los padres sin hijos. Muchas personas ven la adopción internacional como una oportunidad para liberar a los niños del desamparo. Sin embargo, la necesidad de que algunos de los niños del Tercer Mundo privados de su medio familiar sean colocados en hogares fuera de su país natal ha encontrado cierta resistencia en algunos estados de origen, quienes consideran estos procedimientos “imperialistas”. Algunos países africanos han decidido limitar la adopción internacional a determinadas situaciones estrictamente definidas¹, y también existe la postura extrema a favor de la prohibición absoluta de la adopción internacional².

Mientras el debate en pro y en contra de esta práctica sigue encendido, en los últimos tiempos se ha dispuesto que la adopción internacional debería utilizarse como medida de último recurso. El Comité de los Derechos del Niño (Comité CRC, por sus

Ver las notas del texto a partir de la página 104.

siglas en inglés) reafirmó su postura cuando concluyó que “la adopción internacional debería considerarse a la luz del artículo 21, es decir, como último recurso”. (COMITÉ CRC, 2004, §47). Otras organizaciones influyentes, como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (UNHCR/ACNUR), coinciden con esta postura. De acuerdo con uno de los principios más importantes que sustentan la práctica de la adopción internacional –el principio de subsidiariedad– sólo se considerará la adopción internacional cuando se haya determinado que no existe ninguna familia sustituta ni otro medio de cuidado adecuado en el país de origen del niño.

Si bien se ha tornado costumbre repetir que la adopción internacional debería ser una medida de último recurso, apenas se ha investigado qué significa (o qué debería significar) esto en realidad, y cuáles son las consecuencias para el derecho y la política de bienestar infantil en África, cuestiones sobre las que hay poca información. Este artículo es un modesto intento de contribuir a llenar este vacío. Con este fin, se plantean varios temas: ¿la adopción internacional se considera categóricamente como una medida de último recurso? Y, en todo caso, ¿qué significa último recurso? Tomando en cuenta el contexto socioeconómico y cultural, ¿es apropiado preguntar cómo debería entenderse e implementarse el concepto de “último recurso” en el continente africano? ¿Los miembros de la familia biológica (los padres o la familia ampliada) pueden invocar el requisito de “último recurso” para desautorizar la adopción internacional cuando es evidente que la permanencia del niño con su familia biológica no responde al interés superior del niño? ¿Pueden los potenciales padres adoptivos del país de origen invocar el requisito de “último recurso” para que se les dé absoluta prioridad sobre potenciales padres adoptivos extranjeros? ¿Pueden los estados africanos rechazar de plano la adopción internacional so pretexto de que la identidad cultural del país de origen del niño la impide? Sin seguir ningún orden en particular, este artículo se propone abordar estas cuestiones. En la sección de conclusiones, se resume el trabajo y se incluyen algunas recomendaciones.

2. Marco jurídico internacional

En el ámbito del derecho internacional, ni la Declaración de los Derechos del Niño de 1924 ni la de 1959 establecen claramente el principio de subsidiariedad en el contexto del cuidado alternativo para los niños privados de su medio familiar³. Sin embargo, los tres instrumentos que convierten a la adopción internacional en un tema de derecho internacional de derechos humanos contienen disposiciones relacionadas con el principio de subsidiariedad, que incluyen la adopción internacional. Estos instrumentos son la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés), la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (ACRWC, por sus siglas en inglés), y el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

Como lo identificara el Comité de los Derechos del Niño, los denominados “cuatro pilares” de la Convención otorgan al niño el derecho a la no discriminación; el derecho a que el interés superior del niño sea “la consideración primordial” en todas las acciones que lo afecten; el derecho inherente a la vida; y el derecho del niño

“que esté en condiciones de formarse un juicio propio ... de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño”. (CRC, art. 12). Según el artículo 21, la Convención procura garantizar, entre otras cosas, la aplicación del principio del “interés superior del niño”. De hecho, cabe destacar que la adopción es el único ámbito abarcado por la Convención en el que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial⁴. La Convención considera apropiada la adopción internacional sólo “en el caso de que el niño 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”. (CRC, art. 21(b)). También existen otras disposiciones de la Convención que no abordan directamente el tema de la adopción, pero sin embargo tienen consecuencias importantes para la adopción internacional⁵. La Convención fue ratificada por 193 estados⁶.

En el contexto africano, la Convención se complementa con la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño⁷. La adopción internacional se trata en el artículo 24 de la Carta Africana. Al comparar el artículo 24 de esta Carta con el artículo 21 de la Convención, se destacan claras similitudes y muy pocas diferencias. A los fines de este artículo, basta mencionar que la Carta Africana establece explícitamente que la adopción internacional es una medida de “último recurso”. La Carta Africana fue ratificada por 45 países.

El Convenio de La Haya es el tratado con aplicación más directa en el ámbito de la adopción internacional. En su preámbulo, establece que los países signatarios “reconocen que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. El preámbulo también establece que para los niños que no pueden permanecer en su familia de origen, “la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen”. El artículo 4(b) tiene una aplicabilidad más directa en cuanto a la jerarquía que ocupa la adopción internacional entre las opciones de cuidado de un niño privado de su medio familiar. Este artículo establece que:

*Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de origen
b) han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño. (Convenio de La Haya).*

Si bien la Convención sobre los Derechos del Niño y la Carta Africana abordan la adopción internacional, estos instrumentos parecen brindar un panorama muy limitado y poco claro de cuándo es apropiada la adopción internacional. Sin embargo, es importante mencionar que la preferencia de la Convención y de la Carta Africana por la adopción nacional frente a la adopción internacional es compatible con el Convenio de La Haya. Sin embargo, la preferencia que aparece en la Convención y en la Carta Africana por la institucionalización y la colocación en hogares de guarda dentro del país de origen frente a la adopción internacional es más controvertida, y parece entrar en contradicción con el Convenio de La Haya.

3. Análisis de la adopción internacional como medida de último recurso

Mientras que, en virtud del derecho internacional, los niños privados de su medio familiar deberían beneficiarse con cuidados alternativos, tales como (para citar la disposición pertinente de la Convención) “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” (CRC, art. 20(3)), el orden jerárquico que se debe seguir, y el lugar que se le debe asignar a la adopción internacional entre estas opciones quedan imprecisos. Por ejemplo, ¿es la adopción internacional la opción que debería considerarse como medida de “último recurso”, o lo sería la institucionalización? ¿Qué significa y qué debería significar realmente “último recurso” en función del interés superior del niño? ¿Siempre debería preferirse la adopción nacional antes que otras opciones de cuidado alternativo?

Dada la jerarquía aparentemente diferente que se le asigna como opción de cuidado alternativo a la adopción internacional en la implementación del principio de subsidiariedad en virtud de la Convención y la Carta Africana por un lado, y del Convenio de la Haya por el otro, es necesario buscar una postura que sea legal y definitivamente capaz de promover el interés superior del niño africano a través de la adopción internacional.

3.1 *Efectos indirectos de la adopción internacional como medida de último recurso: algunas observaciones preliminares*

En principio, es importante destacar que la adopción internacional como medio de cuidado alternativo fue un punto contencioso durante la redacción de la Convención sobre los Derechos del Niño. Citando los *travaux préparatoires*, Detrick recalcó que el representante de Brasil había indicado que la delegación de su país entendió que el artículo 21(b) establecía otros medios de cuidado del niño “cuando se han agotado todas las demás posibilidades”. (DETRICK, 1999; COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS [UNHRC], 1989, §369). Como resultado, y sumado a la falta de reconocimiento de esta práctica por el derecho islámico, se hizo un esfuerzo dentro de la Convención para incluir la adopción internacional como excepción en lugar de regla.

La idea de otorgar a la adopción internacional un carácter generalmente subsidiario a otras opciones de cuidado alternativo tiene su propia razón de ser, que es promover el interés superior del niño. Lo que sigue es un análisis breve de algunos de estos motivos y sus consecuencias.

3.2 *Énfasis en la familia biológica y la adopción nacional*

Una de las primeras consecuencias de la subsidiariedad general de la adopción internacional, en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Carta Africana y el Convenio de La Haya, es que debe prevalecer la preferencia general por el medio familiar (DOEK, 2006)⁸. Y de esta preferencia general por el medio

familiar, se desprende la idea de que el niño estará mejor si crece en el seno de su familia de origen o de la familia ampliada, si es posible, y siempre que ello responda al interés superior del niño⁹. Coincidiendo con esta afirmación, Hodgkin y Newell sostienen que la Convención establece una “presunción [...] de que el interés superior del niño es respetado manteniendo al niño con sus padres siempre que sea posible”. (HODGKIN; NEWELL, 2002, p. 295). Esto implica que, según el Comité de los Derechos del Niño, sólo se debe considerar la adopción (o para el caso, cualquier otra opción de cuidado alternativo) cuando se hayan agotado todas las demás opciones para mantener al niño con su familia, y hayan resultado ser ineficaces o imposibles (SYLVAIN; BOECHAT, 2008, p. 25).

El proverbio que reza “se necesita a todo un pueblo para educar a un niño” es más cierto en África que en cualquier otra parte. Por lo tanto, en el contexto africano, es aún más acertado reconocer la función de la familia ampliada y de la comunidad. Por ende, al considerar la subsidiariedad de la adopción internacional, se deben alentar y apoyar las iniciativas que reconocen la función de la familia ampliada y de la comunidad en el cuidado de sus niños.

Otra ventaja del requisito de último recurso, conforme al principio de subsidiariedad, es que promueve la adopción nacional frente a la adopción internacional (CENTRO INTERNACIONAL DE REFERENCIA PARA LOS DERECHOS DEL NIÑO PRIVADO DE FAMILIA- ISS/IRC, 2006b, p. 1). La adopción nacional suele ocupar un lugar importante entre las opciones de cuidado alternativo que existen para los niños privados de su medio familiar. El hecho de que sea una solución nacional, una colocación permanente y además ofrezca un medio familiar, la antepone a otras opciones de cuidado. Asimismo, existen pruebas de que en los países en los que la adopción es una práctica arraigada, hay una tasa de éxito comprobada de alto nivel en la colocación permanente, especialmente cuando las decisiones se han basado en el interés superior del niño, y los niños, preferentemente, han sido adoptados a una edad temprana. (TRISELIOTIS; SHIREMAN; HUNDLEBY, 1997).

3.3 Promoción del uso de otras soluciones nacionales

Al hacer de la adopción internacional un elemento generalmente subsidiario y al considerarla una medida de último recurso, se facilitaría el desarrollo y la utilización de otras opciones nacionales adecuadas de cuidado alternativo. La colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico/*Sharia*, y la institucionalización, si bien son opciones de naturaleza nacional, están contempladas en el derecho internacional y podrían, en algunos casos, beneficiar a niños privados de su medio familiar.

El cuidado del niño en un hogar de guarda, que debe ser temporal, podría sin embargo prolongarse hasta la adultez, pero no debería impedir que el niño regrese con sus padres biológicos. Tampoco debería impedir la adopción (VAN BUEREN, 1998, p. 103). Las ventajas del hogar de guarda son el hecho de que ofrece un medio familiar, atiende a los niños *temporalmente* privados de su medio familiar y parece contribuir al sistema de bienestar infantil desde el punto de vista económico¹⁰. En África, al igual que en la mayoría de los países menos desarrollados, el cuidado en un hogar de guarda tiende a ser informal (suele denominarse cuidado por parientes)¹¹.

Está menos desarrollado, y muy desregulado por la legislación y las políticas en comparación con otras opciones de cuidado alternativo.

De un modo similar, la *kafala* del derecho islámico implica la aceptación de niños sin familia en lo que se asemeja a una forma permanente de cuidado en un hogar de guarda, pero el niño no adquiere ni el apellido de la familia que lo acoge ni derechos hereditarios (HODGKIN; NEWELL, 2002, pp. 295-296). En varios países de África, una parte importante de la población se rige por la *sharia*. Nigeria es un buen ejemplo. Entre los países del continente (además de los del norte de África) que aplican la *sharia* en distinta medida, se encuentran Senegal, Somalia, Malí, Chad, Sudán, Djibouti, Eritrea, Etiopía, Tanzania, y Uganda. Por lo tanto, el desarrollo de la *kafala* como solución nacional basada en la familia representa la capacidad de promover los derechos del niño en el continente africano.

Por último, si bien la institucionalización se analizará en forma más detallada en otra sección, basta mencionar que podría cumplir una función temporal y a corto plazo en la promoción de los derechos del niño privado de su medio familiar. Por ejemplo, las instituciones pueden servir como lugares de transición para los niños a la espera de adopción.

3.4 Defensa de la identidad cultural del país de origen

La consideración de la adopción internacional como subsidiaria a otras opciones de cuidado alternativo tiene la capacidad de promover la identidad cultural del niño. La identidad cultural es un tema transversal que tiende a dar preferencia a la familia biológica (tanto a los padres como a la familia ampliada) y a la adopción nacional frente a la adopción internacional. Las primeras opciones en general atienden a la continuidad de la identidad cultural del niño, ya que éste crecería inmerso en el ambiente, la cultura y el idioma de su país de origen.

Sin embargo, algunos propulsores de la adopción internacional prefieren dar una interpretación muy vaga al concepto de adopción internacional como medida de último recurso. A veces, so pretexto de promover el interés superior del niño, este grupo podría promover los intereses de potenciales adoptantes extranjeros y dar poca o ninguna importancia a la identidad cultural (SIMON; ALTSTEIN, 2000, pp. 45-47). Es importante recordar que no debería utilizarse una definición tan vaga que permita que la adopción internacional se convierta en un “primer recurso” y actúe como facilitador de esta práctica antes de que se consideren otras soluciones nacionales, como la adopción.

Una actitud de esa naturaleza no sería coherente con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño o de la Carta Africana. Como advierte Woodhouse (1995, p. 114): “[...] cultura de origen, no importa cuán difícil de definir con lógica satisfactoria, sí tiene importancia para los niños y por lo tanto debe tener importancia en el derecho de adopción”. Después de todo, el artículo 20(3) de la Convención dice que, al considerar las soluciones de cuidados alternativos, “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”.

Es interesante mencionar que, a veces, ese mismo concepto de identidad cultural es utilizado por quienes se oponen a la adopción internacional para negar a los niños un

medio familiar, aun cuando queda claro que la adopción internacional respondería al interés superior del niño¹². Entre estos grupos predomina la opinión de que la adopción internacional permite que las culturas desarrolladas, dominantes, “se lleven el recurso máspreciado de los países en desarrollo: sus niños” (KLEEM, 2000, pp. 325-326). Dado que el derecho del niño a un nombre y una nacionalidad es fundamental para su identidad (CRC, art. 7 y 8), “los opositores de la adopción internacional sostienen que en lugar de promover la identidad del niño, la adopción internacional la quita y la reemplaza por un nombre y una identidad elegidos por los padres adoptivos” (OLSEN, 2004, p. 510). Lamentablemente, es un hecho que algunos grupos (a veces una nación entera) consideran que el reclamo del derecho a la custodia o control de sus niños es un asunto (WOODHOUSE, 1995, p. 112) que tiene prioridad sobre la promoción del derecho de estos niños a la protección de su interés superior.

Sin embargo, uno de los logros de la Convención (y también de la Carta Africana) es que eleva a los niños a sujetos de derecho. Sostener que los estados tienen el derecho de custodia o control de los niños, sin considerar su interés superior, aproxima al niño a la posición de objeto. Como bien proclama Woodhouse, “una perspectiva centrada en el niño indicaría que lo mejor es analizar el derecho a la preservación de la identidad de origen de un grupo como un derecho del niño, y una responsabilidad del grupo”. (WOODHOUSE, 1995, p. 112)

En algunos casos, son los conceptos de “continuidad” y “origen” que aparecen en el artículo 20(3) de la Convención y en el artículo 25(3) de la Carta Africana los que se emplean como argumentos a favor de la primacía de la identidad cultural, y sirven como fundamento para prohibir o socavar las adopciones internacionales como medio alternativo de cuidado. Pero como bien nos recuerdan Cantwell y Holzscheiter:

[...] si bien están conectadas, las cuestiones de “continuidad” y “origen” no deben considerarse como una sola e idéntica cuestión. El texto del artículo 20 no exige explícitamente “continuidad [...] en el origen [...] del niño” sino que exige que se preste particular atención a que haya continuidad en la educación y el origen del niño. (CANTWELL; HOLZSCHEITER, 2008, p. 61).

Este argumento arroja claridad sobre la postura de que la cultura no puede, ni debería, utilizarse como pantalla para privar a los niños de su derecho a crecer en un medio familiar, cuando esa familia sólo puede encontrarse en el extranjero. Asimismo, “en el artículo 20 queda claro que no existe una obligación absoluta de asegurar la continuidad o de basar las decisiones sobre las formas alternativas de cuidado en el origen del niño, sino que sólo se exige prestar ‘particular atención’ a cada uno de estos factores”. (CANTWELL; HOLZSCHEITER, 2008, p. 63). Sin embargo, en contraposición, cabe destacar que “Los Estados Partes garantizarán el cuidado alternativo de conformidad con sus leyes nacionales” (CANTWELL; HOLZSCHEITER, 2008, p. 63).

A nivel regional, es interesante mencionar que la Carta Africana afirma tener en cuenta “las virtudes de su herencia cultural [de los estados miembros africanos], los antecedentes históricos y los valores de la civilización africana, que deberían inspirar y reflejarse en el concepto de los derechos y el bienestar del niño”. (Carta Africana, 7ª cláusula del preámbulo). Sin embargo, a pesar de que copia casi literalmente el artículo

20(3) de la Convención, la Carta Africana omite la palabra “cultural” cuando enumera los orígenes del niño a los que se prestará particular atención cuando se considere un cuidado familiar alternativo (ACRWC, art. 25(3)). Desde esta perspectiva, si el interés superior del niño significa algo, además de ser “la consideración primordial” (CRC, art. 21; ACRWC, art. 4), la preservación de la identidad cultural se debe tomar como un medio, y no necesariamente como un fin en sí mismo, al considerar formas de cuidado alternativas para los niños privados de su medio familiar.

3.5 Protección de los niños refugiados y separados de sus padres

El requisito de último recurso en la adopción internacional también tiene implicaciones para la promoción y la protección de los derechos de los niños refugiados y separados de sus padres. En este sentido, es muy orientadora la Observación General N.º 6 del Comité de los Derechos del Niño sobre los niños refugiados y separados de sus padres:

Los estados deben respetar plenamente las condiciones estipuladas en el artículo 21 de la Convención, así como las recogidas en otros instrumentos internacionales pertinentes, con inclusión en particular del Convenio de la Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional y en la Recomendación de 1994 relativa a la aplicación a los niños refugiados y otros niños internacionalmente desplazados en la hipótesis de la adopción de niños [...] no acompañados. (COMITÉ CRC, 2005, § 90).

Posteriormente, señala que los estados deben, en particular, observar las disposiciones que establecen que la adopción de menores no acompañados o separados sólo debe contemplarse una vez que se ha verificado que el menor es adoptable. En la práctica, ello quiere decir, entre otras cosas, que han resultado infructuosas las tentativas de localización y reunión de la familia, o que los padres han dado su consentimiento a la adopción (COMITÉ CRC, 2005, § 91).

En lenguaje llano, los niños refugiados no acompañados o separados de sus padres no deben ser adoptados en forma apresurada en plena emergencia. De hecho, no debería considerarse la adopción cuando exista una esperanza razonable de localizar a la familia y volver a reunirla, y a menos que haya transcurrido un período de tiempo razonable durante el que se hayan tomado todas las medidas posibles para localizar a los padres o a otros familiares sobrevivientes¹³. Asimismo, no debería considerarse la adopción en un país de asilo cuando exista la posibilidad, en un futuro cercano, de repatriación voluntaria al país de origen en condiciones de seguridad y dignidad.

Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como la Carta Africana¹⁴ estipulan que los niños refugiados no acompañados o separados de su familia deben tener acceso a servicios básicos, a un procedimiento de asilo, al cuidado temporal y la protección. Posteriormente, las autoridades competentes deben identificar y determinar el cuidado e interés superior del niño a largo plazo. Y cuando la identificación de este interés superior del niño a largo plazo pudiera incluir como opción la adopción internacional, no se debería recurrir a dicha opción a menos que hayan fracasado las tentativas de localización y reunión de la familia, se haya tratado de realizar la adopción

en el país de origen y haya transcurrido un período de tiempo razonable. Por lo tanto, la adopción internacional como medida de último recurso impone una restricción severa a la adopción de niños refugiados y separados de su familia.

3.6 La adopción internacional: de medida de último a recurso a su inexistencia como recurso para responder al interés superior del niño

El solo hecho de ser un estado parte de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño no impone automáticamente sobre ningún país la obligación de permitir la adopción internacional como medio de cuidado alternativo. Al leer con atención el texto del artículo 21 de la Convención, cuidadosamente redactado, (y el del artículo 24 de la Carta Africana), se observa que el artículo 21 se refiere a “los Estados Partes que *reconocen o permiten* el sistema de adopción [...]” (el destacado es del autor), mientras que el artículo 24 de la Carta Africana hace referencia a “los Estados Partes *que reconocen* la institución de la adopción [...]” (el destacado es del autor).

Los *travaux préparatoires* de la Convención indican que esta especificación se agregó durante las negociaciones en respuesta a las intervenciones de varios países musulmanes (en particular Bangladesh), dado que el derecho islámico no reconoce el concepto de adopción (CENTRO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, 1995, p. 16). Por lo tanto, la adopción internacional como último recurso indica su naturaleza subsidiaria y, por extensión, que no es necesariamente un medio de cuidado alternativo prioritario o, para el caso, necesariamente requerido. En otras palabras, la inexistencia de la adopción internacional como medio alternativo de cuidado en un estado miembro de la Convención o de la Carta Africana, o la suspensión de esta opción por parte de dichos estados, no constituiría una violación de esos instrumentos.

Sobre la base de este hecho, se podría argumentar que es posible, y a veces necesario, desplazar la adopción internacional de su condición de medida de último recurso hacia una condición de “no recurso”. Pero dicha posibilidad (y a veces necesidad) debe explorarse únicamente para promover y proteger el interés superior del niño, y no para obstaculizarlo. En otras palabras, el hecho de que no exista la obligación de permitir la adopción internacional como medio alternativo de cuidado también implica, aunque sea remotamente, que es posible suspender esta práctica cuando se ve afectado el interés superior del niño. Por lo tanto, existe la necesidad y la posibilidad de imponer una suspensión de las adopciones internacionales en casos en los que un país se vea afectado por una catástrofe o cuando haya irregularidades que pongan en peligro el interés superior del niño. Por ejemplo, la República del Congo, parte de cuyo territorio sigue afectado por la violencia y los conflictos armados, anunció la suspensión de todas las adopciones internacionales por los eventos sucedidos en Chad (SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL [ISS], 2008a, p. 3). El Ministerio de Bienestar Social del Gobierno de Zambia, el del Gobierno de Togo, y hace poco, el del Gobierno de Liberia también han suspendido la adopción internacional (ISS, 2008b, p. 3). Las razones oficiales de la suspensión de la adopción internacional en estos tres países fueron: la necesidad de que esta práctica se realice en respuesta al interés superior del niño; y la de abordar fallas en los sistemas de adopción que podrían violar los derechos del niño (ISS, 2008b, p. 3).

4. ¿Qué tan último es el “último recurso”?

Una parte importante de este artículo intenta, quizás no responder, pero por lo menos explorar los posibles significados y consecuencias de lo que se entiende, o debería entenderse, por adopción internacional como medida de último recurso. Además de las observaciones preliminares anteriores, dicha exploración requiere, entre otras cosas, que uno sopesa el valor de otras opciones de cuidado alternativo, en particular, que compare la adopción internacional con la institucionalización; analice la postura del Comité de los Derechos del Niño en este tema; y por último, que recurra al sistema de justicia de menores para trazar un posible, pero remoto, paralelo con el uso de la expresión “último recurso” en el contexto de la privación de la libertad, y que investigue si alguna guía contribuye a lograr una mejor comprensión del concepto de la adopción internacional como medida de “último recurso”.

4.1 Jerarquía de las opciones de cuidado alternativo

Varios especialistas en la materia han criticado el hecho de que la Convención sobre los Derechos del Niño no deja claro cuál es la jerarquía apropiada de las soluciones que deben ofrecerse a los niños privados de su medio familiar (DILLON, 2008, p. 40). En una introducción al Proyecto de Protocolo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño sobre Huérfanos Sociales, Dillon vuelve a plantear la inquietud de que “[...] los artículos 20 y 21 de la Convención no son lo suficientemente claros con respecto a la relación entre el niño en desarrollo y la necesidad imperiosa y urgente de permanencia en un entorno familiar”. (DILLON, 2008, p. 85).

UNICEF establece los siguientes principios para la jerarquía de las opciones, que generalmente se sostienen para proteger el interés superior del niño a largo plazo, una vez que ha quedado demostrada la necesidad de recurrir a una forma de cuidado alternativo:

- las soluciones familiares deben ser preferidas a la institucionalización;
- las soluciones permanentes deben ser preferidas a las de naturaleza temporal; y
- las soluciones nacionales deben ser preferidas a las internacionales. (FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA -UNICEF, 1998, p. 5).

Si se la evalúa en función de esta lista, la adopción internacional cumple los dos primeros principios, pero no el tercero, mientras que la colocación en hogares de guarda cumple el primero y el último, y muchas veces no cumple el segundo. No se puede afirmar lo mismo de la institucionalización¹⁵ ya que (a menudo) no es una solución familiar ni permanente. Por lo tanto, según esta lista de principios, la adopción internacional y la colocación en hogares de guarda deben considerarse invariablemente subsidiarias a cualquier otra solución que cumpla los tres principios: por ejemplo, la adopción nacional. Sin embargo, deben ser cuidadosamente ponderadas frente a otras soluciones que también cumplan estos dos principios básicos¹⁶, y no deben ser excluidas en forma automática a favor de la institucionalización. Este enfoque se fundamenta en el hecho de que la

determinación del interés superior del niño no puede quedar limitada a una fórmula jurídica mecánica ni a una jerarquía rígida de opciones de cuidado¹⁷.

En este punto es apropiado realizar algunas advertencias. En primer lugar, es importante entender que la expresión último recurso es relativa y depende de las opciones de cuidado alternativo que existan. Podría argumentarse que todas las opciones de cuidado se deberían considerar una medida de último recurso, frente a la opción de mantener al niño con su familia de origen. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño observa que “[...] en muchos Estados Partes, el número de niños separados de sus padres y colocados en otros sistemas de guarda va en aumento y a un nivel muy elevado”. (COMITÉ CRC, 2006, § 654). Como resultado de ello, el Comité ha expresado que le preocupa que “[...] esta colocación no sea siempre una medida de último recurso y no vaya pues en el interés superior del niño”. (COMITÉ CRC, 2006, § 654). Cuando el Comité dice “sus padres” se refiere a los padres biológicos o adoptivos. Asimismo, la expresión “esta colocación” se refiere a todas las opciones de cuidado alternativo (como la colocación en hogares de guarda, residencias de cuidado y otras formas de cuidado), y destaca que todas estas opciones en general deben ser consideradas medidas de último recurso después de que hayan fracasado todas las tentativas de mantener al niño con su familia de origen.

Aun cuando se esté eligiendo entre la adopción internacional por un lado, y otras formas de cuidado nacionales por el otro, podrían existir circunstancias excepcionales que coloquen a la adopción internacional como medida de primer recurso. Para citar un ejemplo, sería muy difícil defender el argumento de que un niño privado de su medio familiar que tiene la posibilidad de ser colocado con una tía fuera de su país de origen debería ser institucionalizado simplemente porque la adopción internacional debe ser una medida de último recurso. En otras palabras, el principio de subsidiariedad podría estar sujeto al interés superior del niño¹⁸.

De hecho, la naturaleza subordinada del principio de subsidiariedad está claramente expresada en un fallo del Tribunal Constitucional de Sudáfrica. El caso *AD y Otros c/ DW y Otros*¹⁹ era sobre la solicitud de custodia y guarda exclusivas presentada por ciudadanos de los Estados Unidos de América, que deseaban adoptar una niña sudafricana, Baby R. La interpretación y aplicación de este principio fue tema de debate tanto en los tribunales inferiores como en el Tribunal Constitucional. Al fundamentar el fallo, si bien aceptaba que el principio de subsidiariedad “debía ser respetado como un factor básico que rige las adopciones internacionales, y que debía realizarse una investigación contextualizada de cada caso en particular, a cargo de profesionales en materia de protección infantil y funcionarios judiciales con profundos conocimientos de los principios involucrados”, el Tribunal advertía que “[...] esto no significa que el principio de subsidiariedad sea el principio rector en las adopciones internacionales”²⁰, sino que se ha determinado que el interés superior del niño es el principio rector en esta materia²¹.

Un punto que vale la pena destacar en el contexto de la adopción internacional (o para el caso, de cualquier otra forma de cuidado) es el papel de la participación del niño. Como ya se mencionara anteriormente²², el derecho del niño “que esté en condiciones de formarse un juicio propio [...] de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño” (artículo 12 de la Convención sobre los

Derechos del Niño y artículo 7 de la Carta Africana) es uno de los cuatro principios fundamentales de la Convención y de la Carta Africana. Según la capacidad evolutiva del niño, así como su juicio, se plantea la necesidad de reconocer que la adopción internacional podría ser una medida de primer o último recurso.

Finalmente, el argumento de que el texto de las disposiciones de la Convención y de la Carta Africana otorga primacía a las soluciones nacionales por sobre las familiares podría refutarse con la idea de que estos instrumentos deben ser interpretados de forma progresiva. Después de todo, tanto la Convención como la Carta Africana, al igual que todos los instrumentos de derechos humanos, deben considerarse un instrumento vivo, cuya interpretación evoluciona con el tiempo. El Comité de los Derechos del Niño nos recuerda este concepto (COMITÉ CRC, 2007a, § 20). De acuerdo con esta idea, la hipótesis inicial en virtud de la Convención y de la Carta Africana, según la cual la adopción internacional, al ser una alternativa de cuidado no nacional, debe ser categóricamente subsidiaria a otras formas de cuidado nacionales, como la institucionalización, no debería aceptarse como válida, especialmente en el contexto de las pruebas existentes sobre las serias deficiencias que presenta esta última opción. (EVERYCHILD, 2005; ISS/IRC, 2006a, p. 9).

4.2 La adopción internacional versus la institucionalización

En el contexto de las formas de cuidado alternativo, la palabra “instituciones” aparece en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3(3)), en la Carta Africana (art. 20(2) (b)), y en el Convenio de La Haya (art. 4(c)(1)). No obstante, la referencia a “instituciones” deja sin respuesta la pregunta sobre cuál es el alcance de esta palabra (CANTWELL; HOLZSCHEITER, 2008, p. 53). Se afirma que “‘el cuidado en instituciones’ se refiere a formas de vida grupal en las que el cuidado es brindado por adultos remunerados, que de otro modo no serían considerados cuidadores tradicionales en esa sociedad en particular”. (UNICEF, 2006, p. 35). Si la palabra “instituciones” se refiere sólo a los orfanatos²³, la pregunta que se plantea es: ¿qué función deben cumplir las llamadas “opciones de cuidado intermedias”, como los “hogares grupales”²⁴?

Dado que los hogares grupales son, por definición, pequeñas instituciones residenciales ubicadas dentro de una comunidad y diseñadas para atender a los niños, se podría argumentar que es a este tipo de hogares a los que se refieren la Convención (art. 20(3)) y la Carta Africana (art. 25(2)(a)) cuando utilizan la expresión “instituciones adecuadas”. Por lo tanto, si bien la tendencia actual es agrupar los orfanatos y los hogares comunitarios de distintas dimensiones bajo el término general “cuidado en instituciones” (DILLON, 2008, p. 40), a diferencia de los orfanatos, las instituciones que se asemejan a un entorno familiar, como los hogares grupales, estarían en mejores condiciones de superar un análisis minucioso en virtud del derecho de los derechos humanos.

La calificación de las instituciones con el adjetivo “adecuadas” está motivada por las experiencias mundiales ocurridas antes y durante la redacción de la Convención. Desde la década de los ochenta, la comunidad internacional se ha ido dando cuenta de manera progresiva de los efectos perjudiciales que tiene la institucionalización sobre los niños (HUMAN RIGHTS WATCH - HRW, 1996). Así, los efectos negativos de la institucionalización sobre los aspectos emocionales,

psicológicos y de desarrollo de los niños están bien documentados (ZEANAH, 2003, pp. 886-88; MARSHALL; FOX; BEIP CORE GROUP, 2004, p. 1327).

La política del Convenio de La Haya sobre institucionalización no está explícitamente puntualizada en el instrumento. Sin embargo, se puede descifrar la posición del instrumento en esta materia a través de la interpretación. Por ejemplo, dado que el Convenio de La Haya reconoce la adopción internacional como solución alternativa válida en situaciones en las que no se puede encontrar una “familia adecuada” en el estado de origen (3ª cláusula del preámbulo), se podría argumentar que la institucionalización (que es una forma de cuidado alternativo no familiar) en virtud del Convenio de La Haya es una medida de último recurso inferior en jerarquía a la adopción internacional. La postura expuesta por la Oficina de la Conferencia de La Haya en el sentido de que “por regla general, no es preferible mantener a los niños esperando en instituciones cuando existe la posibilidad de colocación permanente en una familia adecuada en el extranjero” (OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, 2008, p. 30) está avalada por el texto del Convenio de La Haya.

La pregunta acerca de cómo debe interpretarse el concepto de último recurso cuando las opciones son la institucionalización y la adopción internacional ha sido objeto de un minucioso análisis judicial. En el caso reciente de Madonna en Malawi²⁵ sobre la adopción de una niña de un orfanato, el Tribunal Superior llamó la atención sobre la definición que debía darse a “último recurso”. El juez, después de citar el artículo 24(b) completo de la Carta Africana, y haciendo hincapié en el concepto de “último recurso” de la disposición, fundamentó que:

Queda claro que la adopción internacional debe considerarse la alternativa de último recurso. [...] Sin embargo, es evidente que la niña CJ ya no está sujeta a las condiciones de pobreza de su lugar de origen como lo describió el Agente de Custodia desde su admisión al Orfanato Kondanani. En las circunstancias presentes, ¿se puede afirmar que CJ no puede ser cuidada en forma adecuada en su país de origen? Las respuestas a mis preguntas son negativas. En mi opinión “en forma adecuada” se refiere al estilo de vida autóctono o lo más parecido a la vida que ha llevado la niña desde su nacimiento²⁶.

Basándose en parte en este razonamiento, el juez rechazó la solicitud de adopción de la niña.

Sin embargo, en la instancia de apelación, la Corte Suprema de Malawi no estuvo de acuerdo con el tribunal inferior. La Corte reconoció que ninguna familia de Malawi se había ofrecido a adoptar a la niña CJ y que tampoco nadie había intentado colocarla en una familia sustituta²⁷. Por ello, en opinión de la Corte, quedaban sólo dos opciones: la niña “puede quedarse en el orfanato Kondanani sin tener ninguna familia o puede ser adoptada por la Apelante y crecer en el seno de la familia que le ofrece la Apelante”²⁸. Mostrando una clara preferencia por la adopción internacional frente a la institucionalización, la Corte Suprema concluyó que “se atenderá mejor al bienestar de la niña CJ permitiéndole ser adoptada por la apelante extranjera que dejándola crecer en un orfanato, donde estará privada de la vida familiar, el amor y el afecto de padres”²⁹, y así dio lugar a la apelación y concedió la adopción.

En África, está comprobado que la lamentable falta de opciones de cuidado alternativo familiares y desarrolladas ha llevado a una “práctica excesiva e innecesaria de la colocación de niños en instituciones” (ISS; UNICEF, 2008, p. 7). Respaldo esta afirmación, un documento de trabajo conjunto del Servicio Social Internacional (ISS, por sus siglas en inglés) y UNICEF (2008, p. 7) cita la experiencia de Zimbabwe:

[...] la ocupación promedio de los orfanatos de Zimbabwe es del 106% en general, y del 128% en las instituciones gubernamentales. Según su experiencia nunca se pueden crear suficientes orfanatos para cubrir la demanda – los que se crean siempre se llenan porque atraen a los niños, pero usualmente por razones indebidas. Las investigaciones muestran que los niños colocados en instituciones no necesitan estar allí [...]: sólo el 25% de ellos no tienen familiares conocidos. El 45% de ellos tiene, al menos, a la madre viva. La mayoría de los niños podrían ser devueltos a sus familias con un buen trabajo social. (MEETING ON AFRICAN CHILDREN WITHOUT FAMILY CARE apud ISS; UNICEF, 2004, p. 7).

Los datos empíricos también demuestran que la iniciativa de considerar a las instituciones como principal respuesta o solución para el cuidado alternativo puede ser contraproducente. Por ejemplo, podría debilitar la motivación de una comunidad para abordar los problemas de los huérfanos y desviar los recursos de las soluciones familiares, que son mejores para los niños (OLSON; KNIGHT; FOSTER, 2006, p. 3).

En la práctica, hay una tendencia a malinterpretar la postura de los instrumentos pertinentes de derechos humanos sobre la institucionalización de los niños. No es infrecuente presenciar la planificación y creación sistemáticas de nuevas instituciones como prioridad para atender a los niños privados de su medio familiar³⁰. A veces, la creación de esas instituciones está justificada por el artículo 18(2) de la Convención y el artículo 20(2)(b) de la Carta Africana. Sin embargo, la referencia al artículo 18(2) de la Convención (y artículo 20(2)(b) de la Carta Africana) que estipula que los estados partes “velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños” no implica que deba facilitarse una política sistemática para crear orfanatos como prioridad para el cuidado de los niños. En cambio, es necesario dar a estas instituciones una jerarquía secundaria y permitir que existan como soporte de los padres. Los niños no deben ser transformados en hijos del estado innecesariamente.

Este debate apunta en una sola dirección: que hay una tendencia creciente a favor de convertir a la institucionalización (y no necesariamente la adopción internacional) en una medida de último recurso. Si bien la institucionalización debería seguir cumpliendo una función importante como plataforma de transición para los niños privados de su medio familiar, su empleo como solución a largo plazo para niños privados de su medio familiar exige una seria reconsideración.

4.3 El concepto de “último recurso” a través de la lente del Comité de los Derechos del Niño: ¿claridad o confusión?

El Comité de los Derechos del Niño, como órgano supervisor de la puesta en práctica de la Convención, tiene autoridad en la interpretación de las disposiciones de la Convención. Lamentablemente, el Comité ha sido confuso (si no contradictorio) en

sus mensajes con respecto a lo que se debe considerar una medida de último recurso en el sistema de cuidados alternativos para niños privados de su medio familiar.

A modo ilustrativo: ya se ha mencionado que el Comité de los Derechos del Niño en varias ocasiones ha calificado la adopción internacional como medida de último recurso³¹. Pese a esta postura, que se sigue reflejando en las conclusiones de sus informes sobre los estados partes, en la Observación General N.º 3 titulada “El VIH/SIDA y los derechos del niño,” el mismo Comité comentó que:

[...] toda atención en instituciones solo debe ser un último recurso y que deben implantarse sólidamente medidas para proteger los derechos del niño y preservarlo de todas las formas de malos tratos y explotación. (COMITÉ CRC, 2003, § 35).

En el contexto de los niños con discapacidad, el Comité de los Derechos del Niño ha reiterado una postura similar³².

Esto deja sin respuesta, en relación a la postura del Comité, a la pregunta “¿es la adopción internacional o la institucionalización lo que *generalmente* debe considerarse una medida de último recurso?”³³. Mientras tanto, sin embargo, la postura del Comité arroja luz sobre el hecho de que la institucionalización debe ser considerada una medida de último recurso. También revela la necesidad de que el Comité exprese con claridad su posición en la materia (quizás mediante una Observación General), y contribuya así a que los estados partes entiendan el lugar que ocupa la adopción internacional dentro del sistema de cuidados alternativos.

4.4 Hacia una comprensión del concepto de “último recurso”: ¿algo que aprender de los principios de la justicia juvenil?

Para tratar de definir el concepto de último recurso, se puede buscar orientación (bastante remota) en el artículo 37(b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que es la única disposición dentro de la cual la Convención utiliza esta frase. Conforme al artículo 37(b) de la Convención:

Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

En primer lugar, sin embargo, es pertinente considerar algunos asuntos generales de contexto. La investigación del significado y las implicaciones del requisito de último recurso en el ámbito de la justicia juvenil no presupone que los fines de la búsqueda de cuidados alternativos, por un lado, y la privación de la libertad como medida de último recurso en el contexto de la justicia juvenil, por el otro, sean los mismos. A la luz de las llamadas 3 “P” (protección, provisión y participación de la Convención y la Carta Africana), mientras que la primera se asemeja más a una mezcla de protección y provisión, la última se asimila más al mantra de la protección. En segundo lugar, la mayoría de las veces, son los niños más pequeños los que se ven involucrados en

la adopción internacional, mientras que la justicia juvenil suele afectar a niños más grandes. En tercer lugar, la privación de la libertad es una medida del derecho penal, mientras que la adopción internacional no lo es. Pese a estas diferencias, tanto la búsqueda de cuidados alternativos para los niños privados de un medio familiar como la privación de la libertad como medida de último recurso en el contexto de la justicia juvenil, supuestamente se emprenden en pos del interés superior del niño. Este punto en común –la promoción y protección del interés superior del niño– constituye una plataforma lógica y conducente para la comparación.

El criterio de privación de la libertad como medida de último recurso requiere que se considere “si la privación de la libertad es realmente la última opción (sin que haya otras alternativas que interfieran menos con el derecho del niño)”. (SCHABAS; SAX, 2006, p. 84). En el ámbito del cuidado alternativo, por lo tanto, esto podría implicar recurrir a la adopción internacional porque se determina que es la última opción de cuidado alternativo adecuado, ya que ninguna otra alternativa se adaptaría mejor a la situación de ese niño en particular. Hace poco tiempo, en el año 2008, Lieffard afirmó que el principio de último recurso no implica que primero se deba recurrir a todas las alternativas, antes de imponer la privación de la libertad³⁴. Si el concepto de “último recurso” se debe interpretar en forma similar en el caso de la adopción internacional, es decir, que no necesariamente se debe recurrir primero a todas las opciones de cuidado alternativo, y que las autoridades ejercen cierto grado de discrecionalidad al buscar diferentes opciones y, finalmente, decidir cuál de ellas tiene probabilidades de lograr el efecto buscado, entonces el uso del término parece mantener su capacidad de promover el interés superior del niño privado de su medio familiar.

Por ende, la interpretación en el ámbito de la justicia juvenil en el sentido de que el concepto de último recurso no necesariamente se presta a un método estructurado en el que se consideran todas las opciones antes de aplicar la privación de la libertad, responde perfectamente al interés superior del niño. También dentro del sistema de cuidados alternativos, dicha interpretación puede promover los derechos del niño privado de su medio familiar. Si para poder cumplir con el requisito de último recurso habría que respetar el método de probar todas las opciones de cuidado alternativo que existen en forma inflexible, antes de considerar la adopción internacional, eso implicaría, entre otras cosas, prolongar innecesariamente la espera de los niños más de lo habitual hasta encontrarles un medio familiar.

Asimismo, considerado en otro contexto, el argumento de que el requisito de último recurso en el ámbito de la justicia de menores implica que el encarcelamiento no se puede “imponer sin una evaluación adecuada que tome en cuenta las circunstancias específicas del caso y las necesidades específicas de cada niño” (LIEFFARD, 2008, p. 195) puede tener consecuencias positivas para la aplicación de las opciones de cuidado alternativo. Entre estas consideraciones, es fundamental en el caso del cuidado alternativo la connotación de que un método centrado en el niño, con verdaderos principios, requiere un examen cuidadoso e individualizado de la situación de la vida real y precisa de cada niño en particular. Por consiguiente, no debería utilizarse una norma que imponga categóricamente la adopción internacional como medida de último recurso, de modo tal que pueda verse afectado el interés superior del niño.

5. Conclusiones

Hay variada bibliografía que da cuenta de la tendencia a interpretar la adopción internacional *categoricamente* como una medida de último recurso. También se argumenta que, sobre la base del principio de subsidiariedad, la adopción internacional es un último recurso. En África, el hecho de que el artículo 24 de la Carta Africana estipule explícitamente que la adopción internacional debe ser una medida de último recurso, podría dar a los estados africanos mayor fundamento para tratar a esta práctica como tal.

Sobre la base de lo expuesto anteriormente, es posible llegar a algunas conclusiones y recomendaciones. La idea de otorgar a la adopción internacional un carácter generalmente subsidiario a otras opciones de cuidado alternativo tiene su propia razón de ser, que es la de promover el interés superior del niño. En el contexto de África, esto implicaría, por ejemplo, dar a la familia ampliada (y a las comunidades) un papel más importante en el cuidado de los niños privados de su medio familiar, antes de abordar otras opciones de cuidado alternativo. Asimismo, en África, la pobreza económica y material por sí solas, o las condiciones directamente atribuibles a dicha pobreza, nunca deberían ser una justificación para separar al niño del cuidado de sus padres, para recibir al niño en opciones de cuidado alternativo o para evitar que los niños sean devueltos a su familia³⁵. Este escenario debe verse como una señal de la necesidad de brindar un apoyo apropiado a la familia. También ayudaría a promover soluciones nacionales, que a su vez contribuirían a mantener la identidad cultural del niño.

Sin embargo, mientras nosotros los africanos nos enorgullecemos de nuestra cultura, es importante que los derechos de los niños africanos como individuos no queden atrapados en discusiones sobre el rumbo de la historia, sobre si la adopción internacional es “esencialmente un vestigio del colonialismo” y sobre el orgullo nacional. Siendo los niños titulares de derechos, no debería utilizarse ninguna idea de orgullo nacional ni de los niños como “recursos” nacionales para negarles una forma alternativa de cuidado adecuado, aun cuando ese cuidado adecuado sólo pudiera encontrarse mediante la adopción internacional. La “adopción internacional como medida de último recurso” debería interpretarse como “la adopción internacional como medida generalmente subsidiaria a otras formas alternativas de cuidado”, pero sujeta a excepciones. Asimismo, “último recurso” no debería significar cuando se hayan agotado todas las demás posibilidades³⁶.

Un enfoque estructurado, en el que primero se prueben todas las opciones de cuidado disponibles antes de considerar la adopción internacional, iría en contra de la hipótesis de que la colocación de niños a muy temprana edad es un objetivo importante. Se debe promover una interpretación de la idea de “último recurso” que no impida una colocación temprana y legalmente apropiada del niño. Asimismo, al entender la adopción internacional como medida de último recurso, se debe dar cabida a la participación del niño, según sus capacidades evolutivas.

La falta de una fórmula definida en lo que respecta a la jerarquía de las opciones de cuidado alternativo tiene, accidentalmente, su propio aspecto positivo. Este argumento queda validado por el hecho de que la determinación del interés superior del niño no puede quedar limitada a una fórmula jurídica mecánica, ni a una jerarquía rígida de

opciones de cuidado. Como se afirmó anteriormente³⁷, un método centrado en el niño, con verdaderos principios, requiere un examen cuidadoso e individualizado de la situación de la vida real y precisa de cada niño en particular. La aplicación de una fórmula rígida predeterminada para asegurarse la certeza, independientemente de las circunstancias, en realidad podría ir contra el interés superior del niño en particular de que se trate.

Los países africanos deberían sumarse a la tendencia internacional hacia una interpretación de la institucionalización, en particular si es a largo plazo, como una medida de último recurso. Se recomienda que el Comité de los Derechos del Niño o el Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño creado por la Carta Africana brinden orientación clara en este sentido.

En conclusión, se debe tener precaución (y cierto grado de autolimitación) para no hacer un uso indebido de la frase “último recurso” sea para promover los intereses de posibles padres adoptivos nacionales o internacionales, de organizaciones de bienestar infantil, o los intereses nacionalistas de un estado. En otras palabras, las necesidades y prioridades políticas, sociales, culturales y económicas del continente africano no deberían entrar en conflicto con el interés superior del niño africano privado de un medio familiar o de un cuidado alternativo adecuado. Por lo tanto, en los casos en los que se haya determinado que la adopción internacional responde al interés superior del niño, se la debe considerar una forma de cuidado alternativa, independientemente del requisito de último recurso. Los estados deben tener cuidado de no alimentar con pruebas la opinión de los críticos que consideran que la adopción internacional responde al interés de una familia que busca un hijo, en lugar de responder al interés superior del niño que busca una familia.

BIBLIOGRAFÍA

BRASIL. *Estatuto del Niño y del Adolescente*, Ley n.º 8069. Brasilia: 13 de junio de 1990.

BROWNE, K. A European Survey of the number and characteristics of children less than three in residential care at risk of harm. *Adoption and Fostering*, vol. 29, n.º 4, pp. 23-33, 2005.

CANTWELL, N.; HOLZSCHEITER, A. Article 20: children deprived of their family environment. En: ALLEN, A. et al (Eds.). *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

CENTRUL ROMAN PENTRU JURNALISM DE INVESTIGATIE [CRJI]. *Entrevista con la Baronesa Emma Nicholson*. 2001. <<http://crji.org/news.php?id=111&l=2>>. [Consulta: 04 julio 2009].

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO [COMITÉ CRC]. *Observación General n.º 3: El VIH/SIDA y los Derechos del Niño*. 2003. <<http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/crc/doc/comment/hiv.pdf>>. [Consulta: 04 Julio 2009].

_____. *Observaciones finales: Brasil*. 2004. UN DOC. CRC/C/15/Add.241. <<http://>

www.unhcr.org/refworld/country,,CRC,,BRA,4562d94e2,42d288d54,0.html.
[Consulta: 04 julio 2009].

———. **Observación General n.º 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.** CRC/GC/2005/6. 2005. <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/42dd174b4.html>>. [Consulta: 04 julio 2009].

———. **Jornada de Discusión General: Los niños privados del cuidado de sus padres.** 2006. <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion/recommendations2005.doc>>. [Consulta: 04 Julio 2009].

———. **Observación General n.º 8: el derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes** CRC/C/GC/8. 2007a. <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>>. [Consulta: 04 julio 2009].

———. **Observación General n.º 9: Los derechos de los niños con discapacidad.** 2007b. <<http://www.unhcr.org/refworld/type,GENERAL,,461b93f72,0.html>>. [Consulta: 04 julio 2009].

LIGA DE LAS NACIONES. Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño. 26 de septiembre de 1924.

DETRICK, S. **A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child.** The Hague: Kluwer Law International, 1999.

DILLON, S. The missing link: a social orphan protocol to the United Nations Convention on the Rights of the Child. **Human Rights & Globalization Law Review**, vol. 1, pp. 39-87 2008.

DOEK, J. E. What does the children's Convention require? **Emory International Law Review**, vol. 20, pp. 199-208, 2006.

EVERYCHILD. **Family Matters: a study of institutional childcare in Central and Eastern Europe and the Former Soviet Union.** 2005. <<http://www.everychild.org.uk/media/docs/file8d43ba87f77c2fc5c7e504de56ec27d3.pdf>>. [Consulta: 04 julio 2009].

CONVENIO DE LA HAYA relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. 29 de mayo de 1993.

HODGKIN, R.; NEWELL, P. **Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child.** Ginebra: UNICEF, 2002.

HUMAN RIGHTS WATCH [HRW]. **Death by default: a policy of fatal neglect in china's state orphanages.** 1996. <www.hrw.org/en/reports/1996/01/01/death-default>. [Consulta: 04 julio 2009].

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE ACOGIMIENTO FAMILIAR [IFCO]. **Stakeholders in Foster Care.** [s/f]. <http://www.ifco.info/?q=stakeholder_in_foster_care>. [Consulta: 04 julio 2009].

CENTRO INTERNACIONAL DE REFERENCIA PARA LOS DERECHOS DEL NIÑO PRIVADO DE LA FAMILIA [ISS/IRC]. The state of institutionalized children in the former "Eastern Bloc" countries remains a matter of concern. **Monthly Review**, n.º 1, pp. 9-10, 2006a.

———. Suspension of adoptions in the Republic of Congo **Monthly Review**, n.º 1, p. 3 2008a

- _____. Togo and Zambia: Suspension of intercountry adoption *Monthly Review*, n.º 3, p. 3 2008b
- _____. Adopción: Principios generales. ISS/IRC Ficha de formación n.º 19. 2006b. <<http://www.iss-ssi.org/2009/assets/files/thematic-facts-sheet/eng/18.Adoption%20general%20principles%20ENG.pdf>>. [Consulta: 20 agosto 2009].
- SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL [ISS]. **Draft UN Guidelines for the Appropriate Use and Conditions of Alternative Care for Children:** an introductory briefing on its background, core principles and scope. 2008. <<http://www.crin.org/docs/Special%20Series%20ISS.pdf>>. [Consulta: 04 julio 2009].
- _____. FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA [UNICEF]. **Mejorar la protección de los niños privados del cuidado de sus padres:** la necesidad de reglas internacionales. 2004. <<http://www.iss.org.au/documents/ACALLFORINTLSTANDARDS.pdf>>. [Consulta: 04 julio 2009].
- KLEEM, C. Airplane Trips and Organ Banks: random events and the Hague Convention on Intercountry Adoption. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 28, pp. 113-152, 2000.
- LIEFAARD, T. **Deprivation of liberty of children in light of international human rights law and standards.** Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2008.
- MALAWI. Tribunal Superior. Sobre la Ley de Adopción CAP. 26:01 y sobre la niña Chifundo James bajo la custodia del Sr. Peter Baneti. Causa de adopción n.º 1 de 2009. Sentencia. 2009a.
- _____. _____. Sobre la Ley de Adopción CAP. 26:01 y sobre la niña Chifundo James bajo la custodia del Sr. Peter Baneti. Causa de adopción n.º 1 de 2009. MSCA Apelación de adopción n.º 28 de 2009. 2009b.
- MARSHALL, P. J.; FOX, N. A.; BEIP Core Group. A comparison of the electroencephalogram between institutionalized and community children in Romania. *Journal of Cognitive Neuroscience*, vol. 16, pp. 1327-1338, 2004.
- NICHOLSON, C. The Hague Convention on the Protection of Children and Co-operation in Respect of Inter-country Adoption 1993. En: DAVEL, C. J. (ed.). **Introduction to Child Law in South Africa.** Lansdowne: Juta & Co Ltd, 2000.
- OLSEN, L. J. Live or let die: could intercountry adoption make the difference? *Penn State International Law Review*, vol. 22, pp. 483-525, 2004.
- OLSON, K.; KNIGHT, Z. S.; FOSTER, G. **From faith to action:** Strengthening family and community care options for orphans and vulnerable children in Sub-Saharan Africa. 2006. <<http://www.firelightfoundation.org/FtA%20-%20Africa%20ready.pdf>>. [Consulta: 04 julio 2009]
- ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA. OAU. **Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño [ACRWC].** 29 de noviembre de 1990.
- OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. **La Puesta en Práctica y el Funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional: Guía de Buenas Prácticas.** Bristol: Jordan Publishing, 2008. <http://www.hcch.net/upload/adoguide_e.pdf>. [Consulta: 04 julio 2009].
- SCHABAS, W.; SAX, H. **Article 37; Prohibition of torture, death penalty, life**

- imprisonment and deprivation of liberty:** a commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- SIMON, R. J.; ALTSTEIN, H. **Adoption Across Borders:** serving the children in transracial and intercountry adoptions. Nueva York: Rowman & Littlefield, 2000.
- SMOLIN, D. M. Intercountry adoption and poverty: A human rights analysis. **Capital University Law Review**, vol. 36, pp. 413-453, 2007.
- SUDÁFRICA. Tribunal Constitucional. M c/ El Estado: CCT 53/06: Sentencia. 2007a.
 ————. ————. AD y otros c/ DW y otros: CCT 48/07: Sentencia. 2007b.
- SYLVAIN, V.; BOECHAT, H. Article 21: Adoption. En: ALLEN, A.; et al (eds.). **A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- TRISELIOTIS, J.; SHIREMAN, L.; HUNDLEBY, M. **Adoption:** Theory, Policy and Practice. London: Cassell, 1997.
- NACIONES UNIDAS. **Convención sobre los Derechos del Niño [CRC]**. Resolución de la Asamblea General 44/25, anexo, 44 Naciones Unidas GAOR Supp. (N.º 49) p. 167, U.N. Doc A/44/49. 20 de noviembre de 1989.
 ————. **Declaración de los Derechos del Niño**. Resolución de la Asamblea General 1386 (XIV), 14 Naciones Unidas GAOR Supp. (N.º 16) p. 19, U.N. Doc. A/4354 (1959). 20 de noviembre de 1959.
 ————. **Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños**. 2006. <http://www.violencestudy.org/IMG/pdf/I._World_Report_on_Violence_against_Children.pdf>. [Consulta: 04 julio 2009].
 ————. **Directrices para el uso apropiado y condiciones del cuidado alternativo de niños y niñas**. 2007. <http://www.crin.org/docs/DRAFT_UN_Guidelines.pdf>. [Consulta: 04 julio 2009].
 ————. Comisión de Derechos Humanos [UNCHR]. **Report of the Working group on the Question of a Draft Convention on the Rights of the Child**. UN Doc. E.CN.4/1989/48. 2 Mar. 1989.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. **Legislative history of the Convention on the Rights of the Child (1978–1989), Article 21 on Adoption**, HR/1995/Ser.1/article 21. 1995.
- FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA [UNICEF]. **Innocenti Digest: la adopción internacional**. 1998. <<http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest4e.pdf>>. [Consulta: 04 julio 2009].
 ————. **Innocenti Digest: Protegiendo a la infancia afectada por el VIH y el SIDA**. 2006. <http://www.unicef.pt/18/irc_ins_aids_8p.pdf>. [Consulta: 04 julio 2009].
- VAN BUEREN, G. **The International Law on the Rights of the Child**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1998.
- WOODHOUSE, B. Are you my mother? Conceptualizing children's identity rights in transracial adoptions. **Duke Journal of Gender Law and Policy**, vol. 2, pp. 107-129, 1995.
- ZEANAH, C. H. Designing research to study the effects of institutionalization on brain and behavioural development: the Bucharest Early Intervention Project. In: ZEANAH; C. H.; et al (eds.). **Development and Psychopathology**, vol. 15, pp. 885-907, 2003.

NOTAS

1. Por ejemplo, algunos países como Botswana, Malawi, Sierra Leona y Zambia tienen un requisito de residencia para los futuros padres adoptivos.
2. Por ejemplo, Nigeria.
3. Si hay algo que se aproxima al principio de subsidiariedad en la Declaración de 1959, es el principio 6, que establece que siempre que sea posible el niño deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material.
4. Esto se contrapone al hecho de ser simplemente una consideración primordial en todos los demás ámbitos.
5. Estas disposiciones incluyen el artículo 8, que preserva el derecho del niño a su identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares sin injerencias ilícitas. Asimismo, el artículo 18 aborda la responsabilidad de los padres, mientras que el artículo 20 se ocupa de los niños privados de su familia.
6. Aún quedan por ratificarlo dos países: Somalia y los Estados Unidos.
7. La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño fue adoptada por la OAU (ahora Unión Africana o AU) con el fin de dar aplicación específica a la Convención sobre los Derechos del Niño dentro del contexto africano.
8. Doek (2006) describe este principio como el "principio rector para la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño".
9. "La separación del niño/a del cuidado de su familia debería ser considerada como una medida de último recurso y por el mínimo tiempo posible. Toda decisión relativa a la separación debería ser regularmente revisada, y se debería asegurar el regreso del niño/a al cuidado parental una vez que las causas que originaron la separación hayan sido resueltas o hayan desaparecido" (NACIONES UNIDAS, 2007, art. 13).
10. Puesto que según las investigaciones, típicamente el costo del cuidado en instituciones ha demostrado triplicar el costo del cuidado en hogares de guarda familiares (BROWNE, 2005, pp. 1-12).
11. Con su aporte al debate y la práctica del cuidado en hogares de guarda, este estudio contiene información sobre experiencias de cuidado en hogares de guarda en países en desarrollo, que tiende a ser informal y poco documentada.
12. Véase, por ejemplo, la entrevista con la Baronesa Emma Nicholson, enviada del Parlamento Europeo a Rumania (centrul roman pentru jurnalism de investigatie [CRJI], 2001).
13. Este período de tiempo puede variar según las circunstancias, en particular las relacionadas con la capacidad de realizar una localización adecuada; sin embargo, el proceso de localización debe completarse dentro de un período de tiempo razonable.
14. Véanse el artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 23 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, donde aparecen algunos de los derechos que tienen los niños refugiados.
15. Aunque esto es en parte discutible, ya que, en circunstancias excepcionales, la institucionalización podría considerarse una solución permanente para niños a los que se suele calificar como "difíciles de colocar".
16. Naturalmente, la solución elegida, y la manera en que se la pone en práctica, siempre deben respetar plenamente los derechos y el interés superior del niño.
17. SUDÁFRICA. Tribunal Constitucional. M c/ El Estado. Sentencia. 26 de septiembre de 2007a, § 24.
18. Se argumenta que la postura que asume el principio de subsidiariedad es en sí misma subsidiaria: está supeditada al interés superior del niño (NICHOLSON, 2000, p. 248).
19. SUDÁFRICA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. AD y otros c/ DW y otros. CT48/07.
20. SUDÁFRICA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. AD y otros c/ DW y otros. CCT 48/07. Sentencia. 7 de diciembre de 2007b, § 48.
21. SUDÁFRICA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. AD y otros c/ DW y otros. CCT 48/07. Sentencia. 7 de diciembre de 2007b, § 49-50.
22. Véase la sección sobre "Marco jurídico internacional".
23. Cabe destacar que por lo general a las residencias infantiles también se las suele denominar "orfanatos".
24. Por definición, los hogares grupales son pequeñas instituciones residenciales ubicadas dentro de una comunidad y diseñadas para atender a los niños.
25. MALAWI. TRIBUNAL SUPERIOR, 2009a, p. 6.
26. Ibid.
27. MALAWI. TRIBUNAL SUPERIOR. 2009b, p. 18.
28. Ibid.
29. Ibid.
30. Y sin embargo, en investigaciones realizadas en el año 2006, se observó que en África hay una preocupación creciente por el número cada vez mayor de orfanatos que se están creando para responder a las necesidades de los niños afectados por el VIH y el SIDA (NACIONES UNIDAS, 2006).
31. Véase la introducción del artículo.
32. En la Observación General N.º 9, § 47, se afirma que el Comité de los Derechos del Niño "insta a los Estados Partes a que utilicen la colocación en instituciones únicamente como último recurso, cuando sea absolutamente necesario y responda al interés superior del niño". (COMITÉ CRC, 2007b).
33. "Generalmente", porque se toman en cuenta los

casos convencionales (no excepcionales) cuando se determina la preferencia general que se debe adoptar al tomar decisiones entre opciones de cuidado alternativas.

34. Según Liefhard, es fundamental que las autoridades competentes ejerzan cierto grado de discrecionalidad al buscar diferentes opciones y finalmente decidir cuál de ellas tiene probabilidades de lograr el efecto deseado. El efecto deseado es un resultado que puede considerarse una respuesta apropiada y adecuada a la conducta delictiva del niño (LIEFFARD, 2008, p. 195).

35. Para un análisis de la pobreza en el contexto de la adopción internacional, véase SMOLIN (2007).

36. Por ejemplo, en virtud del artículo 31 del Código Infantil de Brasil de 1990, la adopción internacional es una medida excepcional después de que se han agotado todas las tentativas de adopción en el país de origen, con lo cual se garantiza el derecho del niño a vivir en su propio país.

37. Véase más arriba la sección titulada "Hacia una comprensión del concepto de 'último recurso': ¿algo que aprender de los principios de la justicia de menores?".

ABSTRACT

The increased popularity of intercountry adoption is not anything recent. What is recent, however, is the increased attention African children are attracting from prospective adoptive parents living in other parts of the world, as exemplified by the adoptions by Angelina Jolie and Madonna. Opinions are divided over the necessity and propriety of intercountry adoption, but considering the practice as a panacea for children without parents and parents without children is a prevalent view. On the other hand, some sending states have resisted placing Third World children deprived of their family environment in homes outside of their native countries – a purportedly “imperialistic” practice. The operative language that has emerged in recent times has been that intercountry adoption should be used as a measure of last resort, but one can hardly find any research on what it actually means (or should mean), and what its implications are for child welfare policy and law in Africa. This paper intends to contribute to filling this gap.

KEYWORDS

Intercountry Adoption – Principle of Subsidiarity – Last Resort Measure. Rights of Children – Africa.

RESUMO

A crescente popularidade das adoções internacionais não é algo recente. Recente, entretanto, é a crescente atração que crianças africanas têm despertado em potenciais pais adotivos que vivem em outras partes do mundo, como exemplificado pelas adoções de Angelina Jolie e Madonna. As opiniões sobre a adoção internacional estão divididas entre a necessidade e conveniência desta prática, mas a visão que a considera uma panacéia para crianças sem pais e pais sem filhos prevalece. Por outro lado, alguns países têm se mostrado resistentes à retirada de crianças do Terceiro Mundo de seus ambientes familiares para serem alocadas em casas fora de seu país natal – prática entendida como “imperialista”. Atualmente, a idéia a qual a adoção internacional esta ligada é a de que esta seria uma medida de último recurso, mas pesquisas sobre qual o seu verdadeiro significado (ou qual deveria sê-lo), e quais as suas implicações para a política de bem-estar da criança e para a legislação africana são difíceis de encontrar. Este artigo pretende contribuir para o preenchimento desta lacuna.

PALAVRAS-CHAVE

Adoção internacional – Princípio da Subsidiariedade – Medidas de Último Recurso. Direito da Criança – África.

SUR 1

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ
Origen, sentido y futuro de los derechos humanos: Reflexiones para una nueva agenda

FLAVIA PIOVESAN
Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos

OSCAR VILHENA VIEIRA Y A. SCOTT DUPREE
Reflexión sobre la sociedad civil y los derechos humanos

JEREMY SARKIN
La consolidación de los reclamos de reparaciones por violaciones de los derechos humanos cometidas en el Sur

VINODH JAICHAND
Estrategias de litigio de interés público para el avance de los derechos humanos en los sistemas domésticos de derecho

PAUL CHEVIGNY
La represión en los Estados Unidos después del atentado del 11 de septiembre

SERGIO VIEIRA DE MELLO
Redefinir la seguridad Cinco cuestiones sobre derechos humanos

SUR 2

SALIL SHETTY
Declaración y Objetivos de Desarrollo del Milenio: Oportunidades para los derechos humanos

FATEH AZZAM
Los derechos humanos en la implementación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio

RICHARD PIERRE CLAUDE
Derecho a la educación y educación para los derechos humanos

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES
El derecho al reconocimiento para gays y lesbianas

E.S. NWAUCHE Y J.C. NWOBIKE
Implementación del derecho al desarrollo

STEVEN FREELAND
Derechos humanos, medio ambiente y conflictos: Enfrentando los crímenes ambientales

FIONA MACAULAY
Cooperación entre el Estado y la

sociedad civil para promover la seguridad ciudadana en Brasil

EDWIN REKOSH
¿Quién define el interés público?

VÍCTOR E. ABRAMOVICH
Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados

SUR 3

CAROLINE DOMMEN
Comercio y derechos humanos: rumbo a la coherencia

CARLOS M. CORREA
El Acuerdo sobre los ADPIC y el acceso a medicamentos en los países en desarrollo

BERNARDO SORJ
Seguridad, seguridad humana y América Latina

ALBERTO BOVINO
La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

NICO HORN
Eddie Mabo y Namibia: reforma agraria y derechos precoloniales a la posesión de la tierra

NLERUM S. OKOGBULE
El acceso a la justicia y la protección a los derechos humanos en Nigeria

MARÍA JOSÉ GUEMBA
La reapertura de los juicios por los crímenes de la dictadura militar argentina

JOSÉ RICARDO CUNHA
Derechos humanos y justicia: una investigación en Río de Janeiro

LOUISE ARBOUR
Plan de acción presentado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

SUR 4

FERNANDE RAINE
El desafío de la mensuración en derechos humanos

MARIO MELO
Últimos avances en la justicia de los derechos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

ISABELA FIGUEROA
Pueblos indígenas versus petroleras: Control constitucional en la resistencia

ROBERT ARCHER

Los puntos fuertes de distintas tradiciones: ¿Qué es lo que se puede ganar y lo que se puede perder combinando derechos y desarrollo?

J. PAUL MARTIN
Relectura del desarrollo y de los derechos: Lecciones desde África
MICHELLE RATTON SANCHEZ
Breves consideraciones sobre los mecanismos de participación de las ONGs en la OMC

JUSTICE C. NWOBIKE
Empresas farmacéuticas y acceso a medicamentos en los países en desarrollo: El camino a seguir
CLÓVIS ROBERTO ZIMMERMANN
Los programas sociales desde la óptica de los derechos humanos: El caso del Bolsa Família del gobierno Lula en Brasil
CHRISTOF HEYNS, DAVID PADILLA Y LEO ZWAAK
Comparación esquemática de los sistemas regionales de derechos humanos: Una actualización

RESEÑA

SUR 5

CARLOS VILLAN DURAN
Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

PAULINA VEGA GONZÁLEZ
El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones de la Corte
OSWALDO RUIZ CHIRIBOGA
El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano

LYDIAH KEMUNTO BOSIRE
Exceso de promesas, exceso de incumplimiento: justicia transicional en el África Subsahariana

DEVIKA PRASAD
El fortalecimiento de la policía democrática y de la responsabilidad en la *Commonwealth* del Pacífico
IGNACIO CANO
Políticas de seguridad pública en Brasil: tentativas de modernización y democratización versus la guerra contra el crimen

TOM FARER

Hacia un eficaz orden legal internacional: ¿de coexistencia a concertación?

RESEÑA

SUR 6

UPENDRA BAXI

El Estado de Derecho en la India

OSCAR VILHENA VIEIRA

La desigualdad y la subversión del Estado de Derecho

RODRIGO UPRIMNY YEPES

La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos

LAURA C. PAUTASSI

¿Igualdad en la desigualdad? Alcances y límites de las acciones afirmativas

GERT JONKER Y RIKI SWANZEN

Servicios de mediación para los testigos menores de edad que atestiguan ante tribunales penales sudafricanos

SERGIO BRANCO

La ley de autor brasileña como elemento de restricción a la eficacia del derecho humano a la educación

THOMAS W. POGGE

Propuesta para un Dividendo sobre Recursos Globales

SUR 7

LUCIA NADER

El papel de las ONG en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU

CECÍLIA MACDOWELL SANTOS

El activismo legal transnacional y el Estado: reflexiones sobre los casos contra Brasil en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

JUSTICIA TRANSICIONAL

TARA URS

Imaginando respuestas de inspiración local a las atrocidades masivas que se cometieron: voces de Camboya

CECILY ROSE Y FRANCIS M. SSEKANDI

La búsqueda de justicia transicional y los valores tradicionales africanos: un choque de civilizaciones – El

caso de Uganda

RAMONA VIJEYARASA

Enfrentando la historia de Australia: verdad y reconciliación para las generaciones robadas

ELIZABETH SALMÓN G.

El largo camino de la lucha contra la pobreza y su esperanzador encuentro con los derechos humanos

ENTREVISTA CON JUAN MÉNDEZ

Por Glenda Mezarobba

SUR 8

MARTÍN ABREGÚ

Derechos humanos para todos: de la lucha contra el autoritarismo a la construcción de una democracia inclusiva – una mirada desde la Región Andina y el Cono Sur

AMITA DHANDA

Construyendo un nuevo léxico de derechos humanos: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

LAURA DAVIS MATTAR

Reconocimiento jurídico de los derechos sexuales – un análisis comparativo con los derechos reproductivos

JAMES L. CAVALLARO Y

STEPHANIE ERIN BREWER

La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social

DERECHO A LA SALUD Y ACCESO A MEDICAMENTOS

PAUL HUNT Y RAJAT KHOSLA

El derecho humano a los medicamentos

THOMAS POGGE

Medicamentos para el mundo: impulsar la innovación sin obstaculizar el libre acceso

JORGE CONTESSE Y DOMINGO LOVERA PARMO

Acceso a tratamiento médico para personas viviendo con VIH/sida: éxitos sin victoria en Chile

GABRIELA COSTA CHAVES, MARCELA FOGAÇA VIEIRA Y RENATA REIS

Acceso a medicamentos y propiedad intelectual en Brasil: reflexiones y estrategias de la sociedad civil

SUR 9

BARBORA BUKOVSKÁ

Perpetrando o bem: as consequências não desejadas da defesa dos direitos humanos

JEREMY SARKIN

Prisões na África: uma avaliação da perspectiva dos direitos humanos

REBECCA SAUNDERS

Sobre o intraduzível: sofrimento humano, a linguagem de direitos humanos e a Comissão de Verdade e Reconciliação da África do Sul

SESSENTA ANOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS

PAULO SÉRGIO PINHEIRO

Os sessenta anos da Declaração Universal: atravessando um mar de contradições

FERNANDA DOZ COSTA

Pobreza e direitos humanos: da mera retórica às obrigações jurídicas - um estudo crítico sobre diferentes modelos conceituais

EITAN FELNER

Novos limites para a luta pelos direitos econômicos e sociais? Dados quantitativos como instrumento para a responsabilização por violações de direitos humanos

KATHERINE SHORT

Da Comissão ao Conselho: a Organização das Nações Unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável?

ANTHONY ROMERO

Entrevista com Anthony Romero, Diretor Executivo da American Civil Liberties Union (ACLU)