

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO Y PROCESAL



LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL COMO MEDIDA DE ÚLTIMO RECURSO EN EL
PROCESO DE ADOPCIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL
SALVADOR

CURSO DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA, NIÑEZ,
ADOLESCENCIA Y ADULTO MAYOR, CICLO I-2022

TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:
GÉNESIS MARINÉS CASTILLO BELTRÁN.

DOCENTE ASESOR
LIC. CESAR STIVEN PERLA
POSADA.

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE DE 2022.

La adopción internacional como medida de último recurso en el proceso de adopción de niñas, niños y adolescentes en El Salvador.

Génesis Marinés Castillo Beltrán
cb17020@ues.edu.sv

RESUMEN.

La Adopción Internacional como un tema que ha tomado auge en las últimas décadas en El Salvador, ofrece la posibilidad de proporcionar a niñas, niños y adolescentes sujetos de adopción, una familia permanente, considerándose esta institución como una última alternativa para cumplir con la finalidad de garantizar el derecho y el interés superior de las niñas, niños y adolescentes a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, asegurando su bienestar y desarrollo integral.

Ante los principios contenidos tanto en la Ley Especial de Adopciones, como en los Tratados y Convenciones Internacionales, los cuales regulan los mecanismos de protección necesarios, para asegurar la correcta aplicación de los mismos en los procesos de adopciones internacionales en El Salvador; se encuentra el Principio de Interés Superior y el principio de Subsidiariedad, garantes que la Adopción Internacional sea considerada y aplicada como una medida de último recurso en el proceso de Adopción de niñas, niños y adolescentes en El Salvador.

Palabras claves: Adopción internacional, Convención de los Derechos del Niño, Protección del niño, niña y adolescente, Ley de adopciones, Proceso de adopción, Principio de subvariedad, Principio de interés superior de la niña, niño y adolescente

La adopción internacional como medida de último recurso en el proceso de adopción de niñas, niños y adolescentes en El Salvador.

Génesis Marinés Castillo Beltrán
cb17020@ues.edu.sv

INTRODUCCIÓN.

La familia ha sido siempre el lugar de protección, educación, cuidado y crianza de las niñas, niños y adolescentes. Sin la familia, el Estado y la sociedad, no tienen razón de ser. Por ello, todas las actuaciones del Estado Salvadoreño, en materia de niñez y adolescencia, deben ir encaminadas a la satisfacción y cumplimiento del Interés Superior de niñas, niños y adolescentes.

El presente ensayo, versa sobre la discusión de considerar la adopción internacional como una medida de último recurso, esto en razón de la aplicación del Principio de Interés Superior y del Principio de Subsidiariedad contemplados en la Ley Especial de Adopciones. Con dicha normativa se pretende prever que las niñas, niños y adolescentes no sean víctimas de la sustracción, la venta o el tráfico de niños, y de cualquier tipo de abuso o vulneración a su persona y a sus derechos fundamentales, por la insuficiencia de mecanismos que eviten estas situaciones en la aplicación de la adopción internacional.

Se abordarán los contenidos de más relevancia que giran en torno a la Adopción Internacional. Tratando de establecer un orden lógico de ideas, hasta culminar con las debidas conclusiones obtenidas del estudio realizado. Para comenzar el estudio se analiza el Derecho a Vivir en Familia, por la supremacía que representan las normas constitucionales y los derechos que en ella se consagran, de tal forma que, no se puede omitir que esta sea la base fundamental de este análisis, conociendo en qué consiste dicho derecho, las normativas internacionales que lo tutelan, y diferentes conceptos dados por la doctrina.

Posteriormente, se realizará un análisis general sobre la Adopción, desde sus orígenes a la actualidad, la normativa nacional e internacional regulatoria de la materia, y por supuesto, se abordará a groso modo el Proceso de Adopción, y como la Adopción Internacional es considerada una medida de último recurso en el proceso de Adopción de niñas, niños y adolescentes en El Salvador. El tratamiento de la legislación que le brinda al ensayo la parte normativa es la Ley Especial de Adopciones (LEA), por lo que se analizará su estructura y

los principios sobre los cuales se regirá el proceso de adopción, conociendo los requisitos de forma y fondo de para las diligencias de adopción, y su tramitación en fase administrativa y judicial.

1. DERECHO A VIVIR EN FAMILIA.

1.1. Base constitucional.

Previo a abordar el tema principal, de forma preliminar es necesario conocer la importancia constitucional que él mismo posee, es decir, el Derecho Fundamental que se encuentra como trasfondo en el tema que se pretende desarrollar, siendo este: el Derecho a Vivir en Familia; pese a no estar regulado de forma expresa bajo esta denominación, existen algunas disposiciones constitucionales en las cuales se encuentra el fundamento del mismo: En este sentido, el artículo 32 de la Constitución de la República de El Salvador, consagra que, *“La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar, desarrollo social, cultural y económico”*¹. De este precepto constitucional, se desprende también el reconocimiento del Derecho a la Protección Familiar, definido jurisprudencialmente como *“aquél en virtud del cual el Estado debe asegurar a todas las personas el disfrute de una convivencia digna con su núcleo familiar, independientemente de la forma que este adopte, y eliminar toda forma de obstrucción arbitraria a este derecho por parte de cualquier entidad pública o privada”*.²

La definición constitucional de la familia es más de índole sociológico, que jurídico puesto que el deber que se impone el Estado de velar por la estabilidad familiar, no se refiere a los vínculos jurídicos de matrimonio o filiación, sino que por el contrario a los aspectos morales y materiales. Así, la familia constitucionalmente protegida es aquella que puede asumir socialmente su función de dar a los hijos la mejor formación dentro de la sociedad.³ Es así que, en la Constitución actual, la familia tiene más importancia sociológica que jurídica,

¹ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983), artículo 32.

² Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 623-2015* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015).

³ Francisco Bertrand Galindo et al, *Manual de Derecho Constitucional. Tomo II.* (San Salvador: Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, 1992)

haciendo referencia a la misma como el núcleo primario de la sociedad al cual debe protección y garantía.

Niñas, niños y adolescentes, tienen derecho a vivir en familia y a gozar de los cuidados y protección de ella, este es un derecho clave para garantizar su adecuado desarrollo y bienestar, por tanto, es deber del Estado garantizar los apoyos necesarios, para que las familias puedan cumplir adecuadamente sus funciones de cuidado. Cuando los niños no pueden vivir con su familia de origen, corresponde al Estado ofrecer soluciones que aseguren que la niña, niño y adolescente pueda desarrollarse en otro entorno familiar, protegiendo y garantizando no solo su derecho a vivir en familia, sino también, los derechos civiles, culturales, económicos y de otras índoles que a este se relacionan.

1.2. Base legal.

El Código de Familia como principal norma regulatoria sobre la materia en El Salvador, recoge algunas disposiciones legales que están vinculadas directamente al Derecho a Vivir en Familia de las niñas, niños y adolescentes, mismas, que pueden considerarse como su base legal al desprenderse del concepto general de Familia. En ese sentido, el artículo 3 del Código de Familia establece que, “*El Estado está obligado a proteger a la familia, procurando su integración, bienestar, desarrollo social, cultural y económico*”⁴, e incluye dentro de los principios de aplicación de las leyes en materia de niñez y adolescencia, el Principio de Unidad Familiar. Asimismo, el artículo 211 de la citada Ley, relativo a la crianza, denota el deber del padre y la madre de proporcionar un hogar estable, alimentos adecuados y todo lo necesario para el desarrollo normal de su personalidad, tomando en cuenta sus capacidades, aptitudes e inclinaciones⁵.

Poniendo de manifiesto que la familia es el contenido principal de este derecho, al igual que en la Constitución, se protege de forma especial este aspecto, evitando vulneraciones por parte de cualquier persona o institución, que denote en su actuar, hechos que no van

⁴ Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1993), artículo 3.

⁵ Ibid. Art. 211

encaminados a dar cumplimiento a la protección y garantía de los derechos de niñas niños y adolescentes.

De las disposiciones citadas se destaca particularmente, la participación activa que el legislador requiere tanto de parte del Estado, como de las personas que conforman la familia, esto, en virtud de ser considerados como los principales garantes del cumplimiento de los derechos que tienen las niñas, niños y adolescentes y, principalmente, de garantizar el Derecho a vivir en Familia.

2. ADOPCIÓN INTERNACIONAL.

2.1. Antecedentes históricos.

El tema de la adopción, pese a lo que se cree, no es un tema nuevo y actual, desde la antigüedad, se ha conocido la figura de la adopción bajo otras denominaciones y fines; sin embargo, con el paso de los años esta figura ha venido evolucionando y transformándose, hasta convertirse en lo que ahora conocemos como adopción, llegando incluso a internacionalizarse su aplicación. Cuando surge esta figura, sus fines eran muy diferentes a los que ahora se conciben, esto se debía a las normas que regían a las sociedades antiguas, anteriormente, la familia se basaba en aspectos religiosos, políticos y sociales, por tanto, sus leyes eran apegadas a estos, dotándolos de un significado y de una finalidad distinta a la actual.

La adopción, es una institución que ha venido evolucionando con el transcurrir del tiempo, sus orígenes datan desde el antiguo derecho romano, época en la cual sus objetivos eran procurar un heredero a un hombre sin hijos, para continuación de la estirpe y con ello evitar la extinción del linaje familiar necesario para la supervivencia del culto de los antepasados; en la tradición hindú el propósito era conseguir ventajas espirituales en relación a los adoptantes; habiendo tenido gran importancia en la antigüedad, se observó un decaimiento de la institución para resurgir dentro del campo legislativo en Francia con motivo de la codificación de la época y a partir del Código de Napoleón de 1804 se marca la modernidad legislativa en materia de adopción, en el cual fue considerada como un contrato que generaba derechos de sucesión y efectos en el nombre del adoptado y adquirió gran importancia

después de la primera guerra mundial, habiendo evolucionado en gran medida la institución a través de la historia. Dicho código inspiró al legislador civil español y posteriormente a la legislación latinoamericana. En El Salvador la institución de la adopción entró en el sistema legislativo a través del derecho indiano, pues como muchas otras instituciones del derecho español, pasó a formar parte del sistema institucional de los territorios descubiertos por España en América, primeramente, mediante una existencia de hecho, por la costumbre indígena en período pre colonial, después con la amplitud del derecho español.⁶

2.2. Conceptualización.

Para Manuel Osorio, *“La adopción es la acción de adoptar, de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente”*.⁷ De lo anterior se puede inferir, que la adopción debe ser considerada como un reconocimiento de la posibilidad de establecer una relación paterno filial lo más próxima posible a una relación biológica, sin que dicha relación exista efectivamente entre las partes, mediante una operación, acto jurídico o dedicación que autorice y asegure una relación especial.

El artículo 2 de la Ley Especial de Adopciones indica que *“La Adopción es una Institución Jurídica de Interés Social que confiere mediante resolución judicial un vínculo de filiación en forma definitiva e irrevocable, que tiene como finalidad proveer a la niña, niño o adolescente como a la persona mayor de edad una familia, desvinculándose para todo efecto jurídico de su familia de origen.”*⁸

Más adelante, la misma ley establece en el artículo 12 inciso 2º la definición legal de la Adopción Internacional, determinando que *“Adopción Internacional es la promovida por personas salvadoreñas o extranjeras cuya residencia habitual se encuentra en un Estado contratante y pretenden la adopción de una niña, niño o adolescente que tenga su residencia habitual en el país y deba ser desplazado fuera del territorio nacional.”*⁹

⁶ Napoleón Rodríguez Ruíz, *Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas*, primera edición, (San Salvador: Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2006), 492.

⁷ Manuel Osorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, Primera Edición Electrónica, (Guatemala: Datascan, S.A.), 48.

⁸ Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 2.

⁹ *Ibíd.* artículo 12 inciso 2º.

Adviértase que la anterior definición, distinguen en la adopción internacional una medida para proteger a las niñas, niños y adolescentes, asimismo, para garantizar que estos crezcan en un ambiente familiar que le propicie las condiciones necesarias para su desarrollo, manteniendo la finalidad de la misma de proveer de una familia a quien lo necesite.

3. MARCO JURÍDICO.

3.1. Constitución de la República.

La institución adoptiva propiamente dicha se encuentra regulada en nuestra norma constitucional, específicamente en el artículo 34, el cual consagra que *“Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado. La ley determinará los deberes del Estado y creará las instituciones para la protección de la maternidad y de la infancia.”*⁹

Aunado a lo anterior, el artículo 36 de la Constitución de la República¹⁰, adopta de forma tácita la institución de la adopción, al establecer dicho artículo, la Igualdad de derechos de los hijos frente a sus padres, sea cual sea su filiación, incluyendo la Adoptiva; de que todo menor pueda vivir en condiciones familiares y ambientales que permitan su desarrollo integral, para lo cual cuenta con protección del Estado (tal como lo regula el Art. 34 de la Constitución.)

3.2. Tratados Internacionales.

Los Tratados Internacionales más relevantes en materia de adopción internacional, son los siguientes:

3.2.1. La Convención de los Derechos del niño (CDN).

La disposición de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN) a la que se hace referencia, contempla la adopción, específicamente en su artículo 21, estableciendo los principios básicos que deben cumplirse a la hora de optar por la adopción nacional o internacional de un niño. Por otra parte, el Artículo 21 no es de ningún modo la única disposición de la CDN que hace referencia directa a la adopción internacional;

⁹ Constitución de la República de El Salvador, artículo 34.

¹⁰ *Ibíd.* artículo 36

el Artículo 35 dispone expresamente que los Estados Parte deberán tomar las medidas necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños.

Poniendo de manifiesto que la protección de las niñas, niños y adolescentes, es el contenido principal de este derecho, ya que al igual que en la Constitución se protege de forma especial este aspecto, evitando vulneraciones por parte de cualquier persona o institución.

3.2.2. Convención de la Haya Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, adoptada el 29 de mayo de 1993.

A nivel internacional, esta Convención se ha convertido en la más relevante respecto de la regulación y tratamiento de la Adopción Internacional. Dentro de su contenido se establece bajo qué parámetros deben darse las adopciones internacionales, mismos que están encaminados a evitar todo tipo de afectaciones para las niñas, niños y adolescentes como sujetos de adopción, determinando a su vez, los principios que rigen este proceso, los cuales deben ser respetados y cumplidos por aquellos Estados que forman parte de esta convención, comprometiéndose así a ser garantes del mismo.

En su preámbulo, la convención reconoce que 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, convencidos de la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto de sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños, deseando establecer a tal efecto disposiciones comunes que tomen en consideración los principios reconocidos por instrumentos internacionales, especialmente por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989 y por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, considerados sobre todo desde el ángulo

de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional.¹¹

Los instrumentos internacionales antes mencionados, regulan de manera similar los aspectos relativos a la adopción y a su tratamiento, debido a que toman los mismos parámetros internacionales para garantizar que los países que se adhieren y ratifican los mismos, estén en concordancia en cuanto al proceso, teniendo en consideración la aplicación del Principio de Cooperación en materia de adopciones.

3.3. Ley Especial de Adopciones (en adelante LEA).

3.3.1. Surgimiento de la Ley.

La antedicha Ley, fue creada especialmente para regular y desarrollar los principios y objetivos de la doctrina de la protección integral para dar primacía al Interés Superior de niñas, niños y adolescentes frente a otros principios o disposiciones que regulen aspectos referentes a la niñez y adolescencia. Por su especialidad en la materia, la Ley Especial de Adopciones, será la utilizada para desarrollar el tema.

3.3.2. Contenidos generales.

De acuerdo al artículo 1 LEA, “La presente Ley tiene por objeto, regular la adopción como una institución que garantiza el derecho y el interés superior de las niñas, niños y adolescentes a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, asegurando su bienestar y desarrollo integral; así como el derecho de las personas mayores de edad que de acuerdo a esta Ley pueden ser sujetas de adopción. Así mismo, regula los procedimientos administrativo y judicial para la adopción de niñas, niños y adolescentes, además del procedimiento judicial en el caso de adopción de personas mayores de edad.”¹²

El artículo 3 de la Ley Especial de Adopciones¹³, establece como principios rectores de la adopción internacional, los siguientes:

¹¹ Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, (La Haya: Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, 1993).

¹² Ley Especial de Adopciones, artículo 1.

¹³ *Ibíd.* Artículo 3.

La presente Ley se regirá por los siguientes principios:

- **Principio de interés superior:** se entenderá por interés superior de la niña, niño o adolescente conforme a lo regulado en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia toda situación que favorezca su desarrollo integral, con el objeto de lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad; y en consecuencia los Órganos de Gobierno, las Instituciones Gubernamentales, no Gubernamentales y las Autoridades Administrativas, deberán en toda medida o actuación concerniente a las niñas, niños o adolescentes, tener como consideración primordial su interés superior;
- **Principio del rol primario y fundamental de la familia:** consiste, conforme a lo regulado en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, en el reconocimiento de la familia como medio natural para garantizar la protección integral de las niñas, niños y adolescentes, y su papel primario y preponderante en la educación y formación de los mismos;
- **Principio de subsidiariedad de la adopción nacional:** consiste en brindar como opción una familia adoptiva, cuando la familia de origen falte o se desconozca su paradero, incumpla o ejerza indebidamente los deberes derivados de la autoridad parental, previa acreditación del agotamiento de las medidas de protección de fortalecimiento familiar establecidas en la Ley correspondiente;
- **Principio de subsidiariedad de la adopción internacional:** consiste en brindar como opción una familia adoptiva extranjera o salvadoreña con residencia en el extranjero, siempre y cuando se hubieren agotado las posibilidades de integración a una familia nacional; considerando su pertinencia en cumplimiento del principio del interés superior. Las solicitudes de adopción de las personas salvadoreñas tendrán prelación sobre las de las personas extranjeras;

- **Principio de imitación de la naturaleza:** consiste en generar un vínculo de filiación entre la persona adoptante y la persona adoptada, incluyendo las limitaciones y sus diferencias naturales en cuanto a la edad de los miembros de una familia; y,
- **Principio de cooperación internacional:** consiste en la mutua cooperación entre las autoridades centrales de cada Estado, sobre la base de los convenios internacionales sobre la materia; dicha cooperación se hará valer a través del establecimiento de convenios bilaterales.

Estos principios son de obligatorio cumplimiento y de aplicación general, sin importar si la adopción es nacional o internacional, dado que debe garantizarse el respeto de los derechos de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de adopción, y como titulares de derechos. En este sentido, la Ley ha sido clara en determinar los principios que deben regir el proceso de adopción, de forma que ninguno pueda darse sin la aplicación conjunta del otro.

Entidades encargadas de velar por el cumplimiento de los principios en el proceso de adopción:

- Procuraduría General de la República
- Junta Directiva de la Oficina para Adopciones
- El Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia
- Los Juzgados Especializados de Niñez y Adolescencia.
- Los Juzgados de Familia, sin perjuicio de las facultades Constitucionales de la Procuradora o Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos.
-

Estas instituciones se encargan de velar por los derechos y garantías de niñas, niños y adolescentes, que son sometidos a los procesos de adopción, a consecuencia de ello garantizar la correcta aplicación y cumplimiento de los principios rectores de la Ley Especial de Adopciones.

4. PROCESO DE ADOPCIÓN

El proceso de Adopción, requiere principalmente, que las personas que pretenden adoptar cumplan con algunos requisitos generales, el artículo 38 LEA¹⁴ establece que:

Para adoptar se requiere:

- Ser legalmente capaz
- Ser mayor de veinticinco años de edad, excepto los cónyuges o convivientes mayores de edad que tengan tres años de casados o en convivencia declarada.
- Poseer condiciones familiares, morales, psicológicas, sociales, económicas y de salud que evidencien aptitud y disposición para asumir el ejercicio de la autoridad parental.
- No haber sido privado o suspendido del ejercicio de la autoridad parental.
- No encontrarse sometido a procesos administrativos o judiciales en contra de niñas, niños o adolescentes, así como también a procesos sobre violencia intrafamiliar y violencia de género o haber sido condenado por delitos contra los mismos.
- No haber sido condenado por delitos contra la libertad sexual.
- No tener antecedentes penales por delitos graves.

Asimismo, para las personas adoptantes extranjeras o no residentes en el país, el art. 39 LEA, determina los siguientes requisitos especiales:

Las personas extranjeras o cuya residencia habitual se encontraren fuera del territorio de la República, para adoptar a una niña, niño o adolescente, deberán además de cumplir los requisitos generales y el procedimiento establecido, comprobar los siguientes:

- Que tengan por lo menos tres años de casados o en convivencia declarada, cuando se tratare de adopción conjunta;
- Que reúnan los requisitos personales para adoptar exigidos por la Ley de su país de origen o de residencia.
- Comprobar que una institución pública o estatal de protección de la niñez y adolescencia o de la familia de su país de residencia, velará por el interés de la persona adoptada.

¹⁴ Ley Especial de Adopciones, artículo 38.

- Declaratoria de idoneidad para adoptar por parte de la autoridad central de su país de residencia.

El procedimiento para la adopción se divide en dos fases: fase administrativa y fase judicial.

4.1. Fase administrativa.

Habiéndose verificado el cumplimiento de los requisitos regulados en los arts. 38 y 39 LEA, por persona nacional o extranjera, según sea el caso, la persona que pretende adoptar deberá promover las diligencias de adopción mediante un procedimiento administrativo, el cual de conformidad al artículo 60 LEA, “(...) inicia con la presentación de la solicitud de adopción ante la Oficina Para Adopciones o las Procuradurías Auxiliares de la Procuraduría General de la República -en adelante Procuradurías Auxiliares-, debiendo la primera realizar la calificación legal de su contenido y de la documentación presentada de conformidad con el artículo 89 de la presente Ley. Admitida la solicitud, dicha Oficina ordenará los estudios técnicos a los que se refiere el artículo 90 de la presente Ley, para que en base a la calificación legal y contenido de los estudios psicosociales realizados, se emita declaratoria de aptitud o no para la adopción, tal y como lo establece el artículo 91 de esta Ley. Emitida la declaratoria de aptitud para la adopción, el expediente pasará a conocimiento del Comité de Selección y Asignación de Familias Adoptivas, quien posterior a la selección de la familia que mejor garantice el desarrollo integral de la niña, niño o adolescente sujeto de adopción, remitirá certificación del expediente a la persona titular de la Procuraduría General de la República, para que emita la correspondiente resolución de autorización de la adopción, con lo que concluye el procedimiento administrativo de adopción, en cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 93 y 94 de la presente Ley.”¹⁵

4.2. Fase judicial.

Habiendo finalizado esta etapa, se da paso a la fase judicial del proceso de adopción, regulada en el art. 60 inciso 2° LEA, indicando que “El procedimiento judicial para la adopción inicia con la declaratoria judicial de adoptabilidad de la niña, niño o adolescente realizada por la Jueza o Juez Especializado de Niñez y Adolescencia, quien deberá remitir certificación de la referida resolución a la Oficina Para Adopciones. La misma Jueza o Juez, finalizado el

¹⁵ Ley Especial de Adopciones, artículo 60.

procedimiento administrativo para la adopción descrito en el primer inciso, será la o el competente para decretar la adopción. En el caso de la adopción de personas mayores de edad, la Jueza o Juez de Familia del domicilio de la persona adoptada será la competente para decretar la adopción de personas mayores de edad, la Jueza o Juez de Familia del domicilio de la persona adoptada será la competente para decretar la adopción.”¹⁶

Lo relativo al proceso de adopción internacional se encuentra regulado a partir del art. 95 y siguientes de la Ley Especial de Adopciones, los cuales determinan el proceso a seguir desde la presentación de la solicitud en fase administrativa hasta la expedición de certificación de la adopción internacional, y posteriormente obtener el decreto de adopción de niñas, niños y adolescentes en sede judicial.

Es imprescindible aclarar, que las disposiciones legales sobre el procedimiento de la adopción internacional, tendrán lugar en aplicación del principio de subsidiariedad, y fundamentalmente, en consideración del Interés Superior de niñas, niños y adolescentes.

4.3. Principio de Subsidiariedad.

El Principio de Subsidiariedad, es uno de los principios rectores del proceso de adopción internacional regulado en la Ley Especial de Adopciones, en la que se establece la plena aplicación del mismo, a fin de garantizar que las niñas, niños y adolescentes, puedan crecer y desarrollarse primordialmente en su familia de origen. Esto significa que el Estado Salvadoreño debe utilizar todos los medios necesarios para lograr este objetivo. El Principio de Subsidiariedad, asegura que la adopción internacional sea la última opción a considerar, previa acreditación del agotamiento de las medidas de protección de fortalecimiento familiar establecidas en la Ley correspondiente, para la colocación de niñas, niños y adolescentes en su familia de origen o de la incorporación de ellos en una familia nacional.

Al respecto, la Cámara de Familia, de la sección del Centro, San Salvador, hace las siguientes consideraciones sobre el Principio de subsidiariedad: “(...) *La aplicación de este principio no es otra que la de agotar las posibilidades por las autoridades correspondientes, antes de*

¹⁶ *Ibíd.* artículo 60 inciso 2°.

decidir sobre la adoptabilidad de menores de edad , y declarar la aptitud del adoptante, preservando el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a crecer en familia y mantener vínculos con el grupo familiar del país en el que han nacido; es decir que se debe ejercer la búsqueda de su familia de origen, brindarles apoyo para que sean acogidos en la misma o en la familia extensa o ampliada, resolviendo en principio su colocación en una familia nacional y solo de no ser posible la adopción nacional, buscar la adopción internacional.”¹⁷

El artículo 21, inciso b, de la Convención de los Derechos del Niño, según el cual los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción “Reconocieron que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar al niño, en el caso de que este no pueda ser colocado en un lugar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de una manera adecuada en el país de origen.”¹⁸

Al respecto, el artículo 4 literal b, de la Convención de La Haya, hace referencia a este principio al establecer que la adopción internacional tendrá lugar cuando los Estados “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.”¹⁹

Tanto en la normativa nacional como en la internacional, se encuentra regulado el Principio de Subsidiariedad, incluyendo procedimientos y garantías especiales para que el acogimiento internacional se lleve a cabo en circunstancias idóneas, pero, ¿cómo el Estado Salvadoreño asegura que se respeta el Principio de Subsidiariedad cuando se realizan Adopciones Internacionales?, para ello, el Sistema Nacional de Protección Integral de Niñez y Adolescencia, asegura la subsidiariedad a partir de la investigación de la familia nuclear o ampliada y la verificación de las condiciones para que el NNA pueda retornar a su familia de

¹⁷ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Recurso de apelación*, Referencia: 96-A-2006 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2007).

¹⁸ Convención de los Derechos del Niño (New York: Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989), artículo 21 inciso b.

¹⁹ Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, artículo 4 letra b.

origen, en caso de no ser posible, y de no existir nombramiento de tutor, se opta por iniciar la adoptabilidad ante el Juzgado Especializado de Niñez y Adolescencia y declarada la misma. Se estudian las familias que se encuentran registradas como familias aptas para adoptar, de existir una familia en El Salvador que reúna las condiciones y elementos para garantizar el Interés Superior del NNA, el comité de selección y asignación de familias adoptivas, selecciona a la misma como candidatos de padres adoptivos; en caso que del listado de las familias nacionales se exprese no estar de acuerdo con la adopción, se recurre a la adopción internacional, priorizando a los solicitantes de nacionalidad salvadoreña y de no existir entonces se recurre a personas solicitantes de adopción internacional de otros países.²⁰

Lo anterior es, en suma, el proceso que sigue el Estado Salvadoreño, para garantizar que la adopción internacional tenga aplicación conforme al Principio de Subsidiariedad, no obstante, para aplicar de forma subsidiaria la adopción, debe considerarse primordialmente el Interés superior de las niñas, niños y adolescentes, y que todas las actuaciones que se realicen en la tramitación del proceso, sean en pro del bienestar y la seguridad de niñas, niños y adolescentes.

Se puede inferir que, el Principio de subsidiariedad tiene aplicación mucho antes del proceso de adopción, dado que previo a este proceso, las autoridades hacen uso de los mecanismos necesarios para que los padres biológicos cumplan con el rol que les corresponde, de no ser factible esto, se agotan las posibilidades de colocación de niñas, niños y adolescentes en su familia extensa, previo a declarar la adoptabilidad de los mismos.

En ese tenor, la aplicación del Principio de Subsidiariedad debe darse de manera conjunta con el Principio de Interés Superior de las niñas, niños y adolescentes, en tanto que son dos principios indivisibles porque el principio de subsidiariedad aplicado en las adopciones, es en realidad una forma de protección de niñas, niños y adolescentes, en consecuencia, resulta ser un mecanismo de garantía del cumplimiento del Interés Superior.

²⁰ Perfil de País, Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, 12.

4.4. Principio de Interés Superior de la niña, niño y adolescente.

Actualmente, la Ley Especial de Adopciones refuerza el principio de Interés Superior, que se dio a conocer en un primer momento en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (en adelante LEPINA), para tales efectos, el art.3 lit. a) LEA dicta que: “El Principio de interés superior: se entenderá por interés superior de la niña, niño o adolescente conforme a lo regulado en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia toda situación que favorezca su desarrollo integral, con el objeto de lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad; y en consecuencia los Órganos de Gobierno, las Instituciones Gubernamentales, no Gubernamentales y las Autoridades Administrativas, deberán en toda medida o actuación concerniente a las niñas, niños o adolescentes, tener como consideración primordial su interés superior.”²¹

Bajo esa tesitura, para comprender en qué consiste el interés superior de la niña, niño o adolescente, es preciso referirse al Art. 12 inciso 2° LEPINA, que referente a ello dice, “*Se entiende por interés superior de la niña, niño o adolescente, toda situación que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad*”²², dicho en otras palabras, se entenderá como interés superior de niñas, niños y adolescentes, todo lo que de alguna manera influya o esté vinculado de forma positiva al desarrollo de los mismos.

Se advierte que, el artículo 12 LEA, es de aplicación general a todas aquellas acciones encaminadas a la satisfacción de necesidades, derechos o garantías de niñas, niños y adolescentes, de la forma en que se establece en la LEPINA, no obstante, dicha definición es una definición genérica de este principio; en consecuencia, legalmente existe una carencia al respecto en la Ley Especial de Adopciones, debido a que no se encuentra disposición alguna que defina lo que es y cómo debe entenderse el Interés Superior en razón al tema de las adopciones internacionales.

²¹ Ley Especial de Adopciones, artículo 3.

²² Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, artículo 12 inciso 2°.

Las disposiciones citadas, lejos de ilustrar de forma clara en qué consiste y cómo se aplicará el Principio de Interés Superior de niñas, niños y adolescentes para el caso de las adopciones internacionales, se limitan a señalar el rol garantista de las instituciones, y como estas tienen la responsabilidad, el deber y la obligación de cumplir y hacer cumplir en todas sus actuaciones con la aplicación generalizada de dicho principio.

Ante tal vacío legal, corresponde al Estado de El Salvador, hacer las consideraciones jurisprudenciales y legales necesarias, que determinen cómo debe entenderse el Principio de Interés Superior de niñas, niños y adolescentes en el proceso de adopción nacional e internacional, cuáles deben ser los parámetros a tomar en cuenta para declarar la adoptabilidad de los niños, en razón de dicho principio.

5. ADOPCIÓN INTERNACIONAL COMO MEDIDA DE ÚLTIMO RECURSO.

Son muchas las circunstancias, que en un inicio dieron paso a la adopción internacional en El Salvador, el número de niños susceptibles de ser adoptados aumentó en razón de algunos cambios sociales, como las guerras, el incremento de tasas de natalidad, el poco acceso a educación sexual y planificación familiar, la discusión por la legalización del aborto, entre otros temas sociales que generaron disidencias, mismos que ocasionaron un aumento considerable en las adopciones internacionales. Por otro lado, no se puede obviar que las adopciones internacionales que se dieron en la época donde ocurrieron conflictos políticos y sociales en El Salvador, trajeron consigo muchas afectaciones a los derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes, ya que dicha institución sirvió de medio para que se dieran adopciones ilegales y arbitrarias, secuestros, trata y venta de niños, tráfico de órganos e incontables vulneraciones a sus derechos fundamentales.

En El Salvador, fueron muchos los casos de adopciones internacionales que se dieron en la época del conflicto armado, sin embargo, se cree que la mayoría de ellas fueron adopciones que se dieron bajo procesos irregulares, arbitrarios e incluso ilegales, lamentablemente, la adopción internacional en esos momentos no fue un alternativa de último recurso, sino una medida desesperada que se utilizó para que niñas, niños y adolescentes pudieran salir de la situación en que se encontraban, esto con base en consideraciones erróneas sobre los

supuestos beneficios que la adopción internacional presentaba para los niños que habían sido víctimas del conflicto armado; en ese momento, la consideración primordial no fue el interés superior de niñas, niños y adolescentes.

De igual manera, se conocieron diversos casos dentro de los cuales se hizo alusión a las llamadas “granjas de niños o granjas de engorde”²³, las cuales dedicaban sus actividades a la adopción internacional de niñas, niños y adolescentes, en su mayoría, los niños que llegaban a estas granjas de engorde, eran cuidados y puestos en condiciones que les permitieran ser bien vistos por adoptantes internacionales, a cambio, los dueños de estos lugares y quienes estaban involucradas en estas actividades ilícitas, recibían una remuneración económica, por la facilidad e irregularidad de los trámites de adopciones, lamentablemente, estas prácticas fueron respaldadas por personas de la sociedad civil, personajes políticos y funcionarios públicos que dentro de las instituciones gubernamentales, ayudaban a hacer más fácil este proceso y a ocultar las arbitrariedades e ilegalidades del mismo.

Al conocer los antecedentes históricos de la adopción internacional en El Salvador, y como ésta fue una mala práctica, se tienen los fundamentos necesarios para que esta sea considerada una medida de último recurso, incluso podría decirse que esta no sea siquiera una alternativa de cuidado permanente ya que su ineficiente regulación a nivel nacional e internacional, da lugar a ilegalidades en el proceso y a la vulneración de los derechos de niñas, niños y adolescentes, es por ello que muchos países no contemplan la adopción internacional como una alternativa de cuidado permanente para niñas, niños y adolescentes que no tienen un hogar.

Al respecto, es necesario que el Estado Salvadoreño realice un análisis legal e incluso constitucional sobre la adopción internacional, considerando su pertinencia y procedencia, debido a que actualmente, pese a que los casos de adopciones internacionales arbitrarias, ilegales o con fines difusos, ya no tienen tanta concurrencia como en años anteriores, aún hay

²³ Eduardo García Doblaz, entrevista por Diari de Tarragona, 10 de diciembre de 2017.

<https://www.diaridetarragona.com/cat-es-mon/en-el-salvador-hubo-granjas-de-engorde-de-ninos-robados-y-se-vendian-o-regalaban-20171210-0038-GMDT201712100038>

muchos vacíos legales que deben solventarse, si se quiere garantizar y cumplir el interés superior de niñas, niños y adolescentes.

No obstante, El Salvador se caracteriza por ser un país en el cual la cultura adoptiva es poca o nula, esto se debe a diversos factores tanto económicos, como sociales e incluso culturales, que influyen y limitan a los salvadoreños a considerar e incluso tener la oportunidad de acceder a un proceso de adopción, dando como resultado, el tener que recurrir a la adopción internacional como un medio de solución para niñas, niños y adolescentes que no tienen una familia, o teniéndola, no pueden cubrir las necesidades más elementales que se necesitan para su desarrollo integral.

En ese sentido, se ha hecho énfasis en el principio de subsidiariedad y en el principio de interés superior, por ser estos, los principales parámetros a tomar en cuenta en materia de adopción internacional, puesto que la correcta aplicación de estos principios depende en gran manera de su adecuada interpretación.

De acuerdo al Principio de Subsidiariedad que rige el proceso de adopción, se contempla la adopción internacional como una última alternativa de hogar permanente para niñas, niños y adolescentes que no pudieron ser colocados en su familia de origen, ampliada o en una familia adoptiva de su país de origen; resultando importante entender, que la adopción internacional debe mantenerse como un último recurso, ya que su consideración depende de las opciones de cuidado alternativo que existan, incluso podría argumentarse que todas las opciones de cuidado se deberían considerar una medida de último recurso, frente a la opción de mantener a niñas, niños y adolescentes con su familia de origen.

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 y respetar la supremacía del interés superior de la niña, niño y adolescente; en aras de garantizar que el proceso de adopción se desarrolle de la forma más natural y segura posible, procurando que tal transición sea positiva y agradable, a fin de evitar afectaciones en la personalidad de las

niñas, niños y adolescentes, y consecuentemente, en su desarrollo dentro del entorno familiar y social.

En ese orden de ideas, el principio de subsidiariedad debe aplicarse de manera estricta, puesto que habrán algunos casos, que por las particulares características, que resulten, podrá dar lugar a interpretar de manera dúctil, tal subsidiariedad; si bien, aun cuando el fin de la adopción sea el de garantizar que toda niña, niño y adolescente se desarrolle dentro de una familia, no se le puede dar supremacía a este derecho por encima del interés superior de los niños, puesto que su aplicación debe ser conjunta y coherente, en favor de efectivizar los derechos del niño y su mejor interés en el trámite de adopción internacional.

De lo anterior, deviene la siguiente interrogante: ¿Puede contemplarse de manera excepcional la adopción internacional como una principal alternativa en los procesos de adopciones de niñas, niños y adolescentes en El Salvador?, al respecto, se infiere que esto no podría ser posible, y se debe recordar, que en los procesos de adopciones la consideración primordial es el interés superior, de tal forma, que la principal alternativa siempre será la reintegración de los niños a su familia de origen y solo de no ser esto posible, se considerarán otras opciones de cuidado alternativo para darle una familia permanente a niñas, niños y adolescentes que lo necesiten; en consecuencia, el Estado Salvadoreño en el caso de las adopciones internacionales, siempre debe hacer cumplir el requisito de último recurso que emana del principio de subsidiariedad, respetando los parámetros legales que previamente se han establecido, consistentes en probar todas las opciones de cuidado alternativo existentes y regulados en la normativa nacional, antes de considerar la adopción internacional.

De ahí que, el Estado Salvadoreño debe hacer los esfuerzos necesarios por garantizar que esto sea posible, haciendo uso de las políticas públicas y de los mecanismos estatales que puedan coadyuvar a que los padres tengan los medios y oportunidades suficientes y necesarias para poder cumplir con su rol dentro de la familia, garantizando así la satisfacción y el cumplimiento del interés superior de niñas, niños y adolescentes.

De tal forma que la adopción internacional no debe entenderse bajo la idea de que ésta es una opción favorable para las niñas, niños y adolescente sujetos de adopción, aduciendo su favorabilidad a aspectos económicos, sociales, o de otra índole, debido a que la adopción internacional no responde a estos intereses, sino al interés superior de niñas, niños y adolescentes. Por lo que no puede argumentarse que si un Estado de recepción, presenta de forma subjetiva, mejores oportunidades para que un niño se desarrolle, sea esta la opción mas favorable, ni mucho menos se debe hacer estas interpretaciones en razón del principio de interés superior.

CONCLUSIONES.

La adopción internacional es una medida desfavorable para niñas, niños y adolescentes sujetos de adopción, por lo que el Estado de el Salvador, a través de las instituciones encargadas de dicho proceso, deben asegurar y garantizar que su consideración siempre debe ser un último recurso, teniendo como parámetro legal la aplicación del principio de subsidiariedad y el principio de interés superior, los cuales deben ser aplicados de forma conjunta.

En El Salvador las dificultades actuales en materia de adopción deben ser tratadas a través de los diferentes mecanismos creados para ello, en el cuerpo normativo especializado, por lo que el Estado deberá implementar políticas públicas que garanticen, promuevan y aseguren que niñas, niños y adolescentes crezcan y se desarrollen en un ambiente familiar que cumpla con las condiciones necesarias para su cuidado y pleno desarrollo, atendiendo a la condición particular de cada niña, niño y adolescente, en pro de su interés superior.

Debe ampliarse la importancia de la institución adoptiva en la actual coyuntura salvadoreña, a través de la socialización de la información a la población salvadoreña sobre el tema de adopciones, como este funciona bajo la actual Ley Especial de Adopciones, y como se desarrolla el proceso de adopción en El Salvador, a fin de que incremente el interés por esta institución.

La Adopción Internacional siempre debe considerarse en atención al principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes, asegurando que en el desarrollo del proceso de adopción, se cumpla con los principios que rigen el mismo, especialmente el principio de subsidiariedad y el principio de interés superior, al cual deben responder todas las actuaciones que se hagan en favor de niñas, niños y adolescentes.

La Adopción Internacional debe mantenerse como una medida de último recurso, dándole principal importancia a la colocación de niñas, niños y adolescentes en su familia de origen, o su colocación en una familia nacional.

BIBLIOGRAFÍA

Libros.

Bertrand Galindo, Francisco, Albino Tinetti José, Kuri de Mendoza Silvia Lizette y Orellana María Elena. *Manual de Derecho Constitucional*. San Salvador: Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, 1992.

Operti Badán, Didier. *Comentarios a la Convención Interamericana Sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores*. Montevideo: Unidad de Estudios Jurídicos y Sociales, 1986.

Osorio Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Guatemala: Primera Edición Electrónica realizada por Datascan.

Rodríguez Ruíz Napoleón. *Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas*. Primera edición. San Salvador: Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2006.

Legislación.

Código de Familia. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1993.

Constitución de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009.

Ley Especial de Adopciones. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016.

Tratados Internacionales.

Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional. Reino de Países Bajos: Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. 1993.

Convención de los Derechos del Niño. New York: Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989.

Documentos.

Perfil de País, Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

Sentencias.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Recurso de apelación, Referencia: 96-A-2006*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2007.

Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 623-2015*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.

Tesis.

Amaya Jurado, Silvia Guadalupe, Coreas Vaquerano, Jacqueline Lisseth, Mendoza Rodas, Deysi Yanira. “Factores que dificultan la Adopción para los extranjeros en El Salvador y el rol del Estado como garante del proceso.” Tesis Licenciatura. Universidad de El Salvador, 2009.

Leiva Mancía, Diana Alexandra, Mejía Cruz, Nahúm Exequiel, Portillo Aguilar, Noé Enoc. “El Principio de Subsidiariedad en la Ley Especial de Adopciones de El Salvador.” Tesis Licenciatura. Universidad de El Salvador, 2019.

Osorio Herrera, Lidia Carolina, Rivera de Argueta, Karen Arely, García Villatoro, Ingrid Vanessa. “Adopción y demora en el trámite administrativo. Enfoque con perspectiva de protección integral de niñez y adolescencia.” Tesis Maestría. Universidad de El Salvador, 2011.

Sitios Web.

Eduardo García Doblas, entrevista por Diario de Tarragona, 10 de diciembre de 2017.
<https://www.diaridetarragona.com/cat-es-mon/en-el-salvador-hubo-granjas-de-engorde-deninos-robados-y-se-vendian-o-regalaban-20171210-0038-GMDT201712100038>