LA RESTITUCIÓN DEL DERECHO DEL NIÑO A VIVIR EN FAMILIA POR MEDIO DE LA ADOPCIÓN.

DESAFÍOS PARA EL LEGISLADOR EN EL PROYECTO DE LEY BOLETIN 9.118-18;
EL ENCUADRE DE LA SUBSIDIARIDAD DE LA ADOPCIÓN A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SU DERECHO A VIVIR EN FAMILIA

Alejandra Illanes Valdés
PUCV
2021

La ratificación de la CDN, la Ley 19.620 y los desafíos pendientes: ¿dónde reside la necesidad profunda de cambiar lo que tenemos?

- **Transformación de la noción de familia y de sus problemas**

Ni la familia de origen, ni la familia adoptante es la misma de hace 20 o 25 años…

- **Falta de eficacia del sistema al momento de restituir el derecho del niño a vivir en familia**:

2% app. de los NNA en sistema de cuidados alternativos se adopta cada año, la adoptabilidad tiene el techo invisible de los 6 o 7 años, más del 68% de los niños insertos en el sistema tiene más de 7 años.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO – DERECHO A VIVIR EN FAMILIA – SUBSIDIARIDAD DE LA ADOPCIÓN

LA FAMILIA COMO DERECHO DEL NIÑO

La familia es, respecto de un niño, un DERECHO

El derecho a vivir en familia es un derecho fundamental y prioritario, en cuanto otorga el entorno de protección para el ejercicio de los otros derechos.

El derecho a vivir en familia, mirado desde la perspectiva de su titular, comprende: **(Convención sobre los Derechos del Niño- Directrices sobre Modalidades Alternativas del cuidado de los Niños")**

1. Derecho a vivir y ser cuidado por sus padres: El artículo 7 de la CDN señala que "*El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*". ART 18 CDN.
2. Derecho a que el Estado ayude a su familia a brindarle un cuidado estable y seguro.
3. Derecho a no ser separado de su familia, salvo que su permanencia en ella sea contraria a su interés superior.
4. Derecho a obtener, en hipótesis de separación, cuidados alternativos, preferentemente en contextos familiares.
5. Derecho a que se restituya su derecho a vivir en familia, en primer término reintegrándolo a su propia familia, o, si esto no fuere posible, por medio de otra solución definitiva, como la adopción.

Restitución del derecho a vivir en familia

- Reunificación familiar
- Adopción, en carácter de mecanismo "subsidiario"

Caso: Daniela. Causa RIT A-2017 JF de Valparaíso.

1. Octubre del año 2013 se decreta medida de protección en favor de Daniela y de sus dos hermanos. Estos quedan bajo el cuidado de las abuelas. Daniela es enviada a centro residencial. A esa fecha la menor tenia 1 año 10 meses app.
2. Mayo de 2014, se modifica medida de protección, derivándose niña a FAE.
3. Los informes elaborados por el programa dan cuenta que, habiendo completado los 3 años en el programa: la niña ha estado en 3 familias de acogida, la madre tiene escaza adherencia a la intervención, tiene competencias marentales descendidas, problemas de personalidad estructurales que le impiden constituirse en factor de protección respecto de su hija, ejercicio de parentalidad inadecuado…existe imposibilidad de restituir a la niña a su familia de origen, e imposibilidad de ubicarla bajo el cuidado de otro familiar (efectuada la labor despeje correspondiente)
4. Mayo 2017 Sename solicita la declaración de susceptibilidad.
5. La madre se opone.

Caso: Daniela .

29 de septiembre Tribunal de familia rechaza la solicitud, siendo uno de los argumentos principales, acogidos por el juez:

"No se acredita que el programa FAE haya realizado trabajo pro de la habilitación parental, se observa una visión sesgada y decisión apresurada en cuanto a cesar la intervención y el régimen comunicacional, no sólo con la madre sino también con los hermanos de la niña, invisibilizando el impacto a nivel emocional que podría tener en ella la decisión tomada por los profesionales. No operó correctamente la intervención y despeje familiar. No es posible llegar a la convicción de la existencia de beneficios que pudiese reportar para la niña ser declarada susceptible de ser adoptada....

Caso: Daniela

- Agrega "*El principio de subsidiaridad y prioridad de la familia biológica comprende el que los niños deben vivir con su familia, y en aquellos casos que no sea posible, o si resulta perjudicial para el niño quedarse con su familia, surge la posibilidad de otorgarle el mayor bienestar posible en una familia adoptiva, y el juez debe resolver la imposibilidad de disponer otras medidas que permitan la permanencia del niño en su familia de origen, decisión que debe preferir que el niño permanezca en esta…*"
- "No se logra acreditar que la madre se encuentre inhabilitada físicamente ni moralmente…no hay antecedentes de <u>inhabilidad permanente</u>"
- Consejera técnica: "No se acredita que el FAE haya realizado trabajo en pro de la habilitación parental, se observa una visión sesgada y decisión apresurada en cuanto a cesar la intervención…"

Caso: Daniela

- *Considerando décimo séptimo: "Que, si bien en esta causa no procede modificar la medida protección de Daniela, siguiendo la opinión de la Consejera Técnica y de la curadora Ad litem, se remitirá copia de esta sentencia a la causa de cumplimiento seguida en el Tribunal de familia de ….., con el objeto que se tome conocimiento de ella y se arbitren las medidas necesarias tendientes a reintegrar en forma progresiva a Daniela a su familia de origen, evitando cambios drásticos en su situación, privilegiando su integración paulatinamente al cuidado de la madre y su separación también paulatina de la familia de acogida, toda vez que se informa que mantiene vínculos afectivos cercanos con ellos y se ha integrado como hija a ese grupo familiar, todo ello con apoyo de programa de acompañamiento y supervisión del proceso….que ha trabajado con la madre y conoce su realidad…"*

Caso: Daniela. 2da instancia

- Informe Fiscal Judicial "*Si bien, tal como lo señala la sentenciadora en la segunda parte del considerando duodécimo del fallo, en el último tiempo se ha podido advertir una evolución positiva en la situación de la madre, como lo indican los informes del Centro Newen y actualmente el Cesfam Marco Maldonado, al haber generado cambios en sus rutinas diarias y en su contexto laboral y habitacional, siendo las evaluaciones más recientes de mejor proyección en cuanto a la recuperabilidad de sus competencias,* ***no es menos cierto que la niña lleva cuatro años institucionalizada, período en que la madre no hizo un esfuerzo mayor por cambiar y que en la actualidad se vislumbra remota posibilidad que ésta pueda a corto plazo hacerse cargo de su hija, ya que el informe pericial elaborado por el DAM Viña del Mar-Quintero, de fecha 20 de junio de 2017, señala que el ejercicio de la parentalidad de doña AL (madre) no garantiza el cuidado y protección de Daniela XXX".***
- Sentencia de abril de 2018, Corte de Apelaciones de Valpo confirma el fallo.

Subsidiaridad de la adopción en la Ley 19.620

- **Objeto**. 1° *La adopción tiene por objetivo velar por el interés de vivir y desarrollarse en el seno de una familia que el brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen.*
- **Causales que autorizan la declaración de susceptibilidad de adopción.**

Artículo 8º.- Los menores de 18 años, que pueden ser adoptados, son los siguientes:
a) El menor cuyos padres no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él y que expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el juez competente.

b) El menor que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes, de conformidad al artículo 11.

c) El menor que haya sido declarado susceptible de ser adoptado por resolución judicial del tribunal competente, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 12 y siguientes.

Artículo 12.- Procederá la declaración judicial de que el menor es susceptible de ser adoptado, sea que su filiación esté o no determinada, cuando el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:

1. Se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal, de conformidad al artículo 226 del Código Civil.

2. No le proporcionen atención personal o económica durante el plazo de dos meses. Si el menor tuviera una edad inferior a un año, este plazo será de treinta días.

No constituye causal suficiente para la declaración judicial respectiva, la falta de recursos económicos para atender al menor.

3. Lo entreguen a una institución pública o privada de protección de menores o a un tercero, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales. Los casos de abandono del menor en la vía pública, en lugar solitario o en un recinto hospitalario, se entenderán comprendidos dentro de la causal de este número. En dichos casos se presumirá el ánimo de entregar al menor en adopción por la sola circunstancia de abandono.

Se presume ese ánimo cuando la mantención del menor a cargo de la institución o del tercero no obedezca a una causa justificada, que la haga más conveniente para los intereses del menor que el ejercicio del cuidado personal por el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado.

Se presume, asimismo, cuando dichas personas no visiten al menor, por lo menos una vez, durante cada uno de los plazos señalados en el número precedente, salvo causa justificada. Para este efecto, las visitas quedarán registradas en la institución.

Los que reciban a un menor en tales circunstancias, deberán informar al juez competente del hecho de la entrega y de lo expresado por el o los padres, o por las personas que lo tenían a su cuidado.

Subsidiaridad de la adopción en la Ley 19.620

- **Notificación e intervención de parientes**

Art. 14 *Recibida la solicitud (de declaración de susceptibilidad precedente, el juez, a la brevedad posible, citará a los ascendientes y a los otros consanguíneos del menor, hasta el tercer grado en la línea colateral, siempre que la filiación estuviere determinada,* ***para que concurran a la audiencia preparatoria a exponer lo que sea conveniente a los intereses de aquél,*** *pudiendo oponerse a la solicitud, bajo apercibimiento de que, si no concurren, se presumirá su consentimiento favorable a la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado. Asimismo, deberá citarse al menor, en su caso, a la o las personas a cuyo cuidado esté y a todos quienes puedan aportar antecedentes para una acertada resolución del asunto, que hubieren sido mencionados en la solicitud.*

Subsidiaridad de la adopción en la Ley 19.620

Fundamentación de la sentencia

Artículo 15.- La audiencia preparatoria y la audiencia de juicio se llevarán a cabo en los términos que establecen los números 1 y 5 del artículo 9º, respectivamente. El juez resolverá acerca de la veracidad de los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado, **en especial la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del mismo en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él.**

Los informes que se evacuen y rindan al respecto deberán solicitarse a alguno de los organismos a que se refiere el artículo 6º, pudiendo el tribunal estimar suficientemente acreditadas dichas circunstancias sobre su solo mérito.

Si no se dedujere oposición y se contare con los antecedentes de prueba suficientes para formarse convicción, el tribunal dictará sentencia en la audiencia preparatoria.

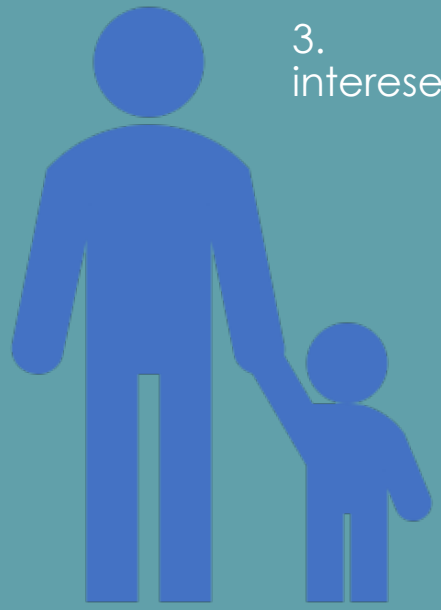
PROBLEMA: LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DEL NIÑO A VIVIR EN SU FAMILIA ORIGEN Y SER CUIDADO POR SUS PADRES COMO OBSTÁCULO DEL DERECHO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A VIVIR EN FAMILIA

Contextualización de la subsidiaridad de la adopción dada por el ISN y su derecho a vivir en familiar, nos plantea las siguientes interrogantes:

1. ¿Cuál es el tiempo que el Estado tiene razonablemente para restituir el derecho del niño a vivir en familia?.
2. ¿Como han de articularse los instrumentos que restituyan el derecho del niño a vivir en familia?

Rol de la causa proteccional en la susceptibilidad de adopción.

3. ¿Cómo han de resolverse los conflictos de intereses?



CORTE SUPREMA, Oficio Nº 14.721, 8 de mayo de 2019

Por su parte, la **subsidiariedad y el derecho a vivir en una familia** son consagrados en el artículo 1° que contempla los objetivos de la institución de la adopción. Sin embargo, se echa de menos una regulación que explicite la obligación de trabajo y apoyo con la familia de origen, para evitar la separación de su familia de origen; el proyecto de ley no aborda este tema, alejándose de los estándares establecidos en las Directrices de la Asamblea General, donde se señala expresamente que la separación del niño de su propia familia debería considerarse como un último recurso y, en lo posible, debería ser temporal y por el menor tiempo posible. El artículo 18 de la CDN establece claramente sobre las Familias de origen que: "A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños".

RUTA (NORMAL) DE LA ADOPCIÓN

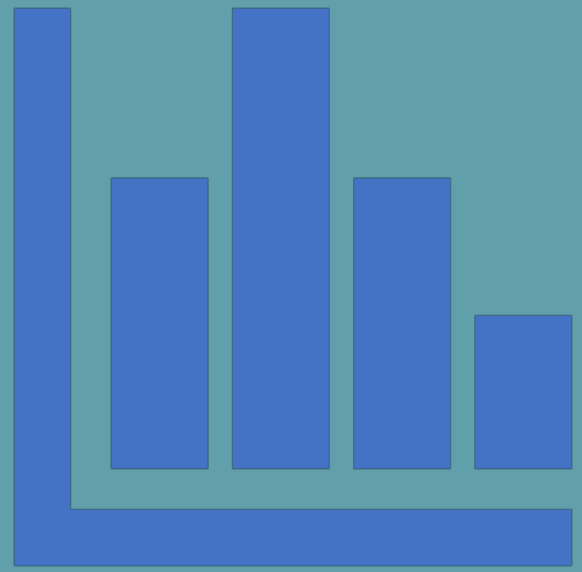
- CAUSA PROTECCIONAL (P): adopta la separación, se establece modalidad de cuidado alternativo, se formula el plan de intervención individual centrado en la posibilidad de que el niño permanezca en su familia.
- CAUSA DE CUMPLIMIENTO DE MEDIDA (X): destinada a fiscalizar el cumplimiento de la medida de protección. trabajo con la familia de origen en programas en intervención. (las sentencias de papel y las listas de espera)
- APERTURA DE CAUSA DE SUSCEPTIBILIDAD DE ADOPCIÓN

¿Cuál es el tiempo que el Estado tiene razonablemente para restituir el derecho del niño a vivir en familia?.

Causa protección - susceptibilidad de adopción

El tiempo es un factor clave en el "perfil de adoptabilidad de un niño". A mayor edad menor posibilidad de ser adoptado.

68% de los niños en sistema residencial tienen más de 8 años.



Asociación nacional de magistrados (julio 2019)

Se recomienda no declarar como susceptible de ser adoptado a un NNA mayor de 6 años, si en SENAME o el organismo colaborador no cuente, previamente, con familia idónea decidida a adoptarlo. Lo anterior a fin de ni agravar aún más, su situación debido a la desvinculación que la declaración de susceptibilidad genera con su familia de origen.

Departamento de Adopción

El promedio de edad del período 2010 – 2016 de los niños/as enlazados con matrimonios nacionales fue de 2 años.

El promedio de edad del mismo período de los niños/as enlazados con matrimonios residentes en el extranjero fue de 6,6 años.

Durante el año 2015, el niño con menor edad enlazado con familia extranjera fue de 2 años (problemas de salud), mientras que el mayor de los niños/as, contaba con 11 años de edad.

2. ¿Como han de articularse los instrumentos que restituyan el derecho del niño a vivir en familia?.

Rol de la causa proteccional como antecedentes de la causa de adopción.

En la actualidad el rol que se le otorga es precario:

1. En sede proteccional se efectúa un despeje familiar, que normalmente vuelve a fojas cero en adopción.
2. Los informes elaborados en sede proteccional suelen volver a practicarse con independencia de que pudieran ser de fecha reciente.

¿ Y si el trabajo en sede proteccional estuvo mal hecho...quien paga los platos rotos?

3. ¿Cómo han de resolverse los conflictos de intereses: familia de origen v/s niños?

Art. 15.2 *"El juez resolverá acerca de la veracidad de los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado, en especial, la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del mismo en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él".*

Bajo la exigencia anterior: la inhabilidad de los padres y el abandono pasan a ser conceptos relativos, especialmente cuando se consideran dentro de la limitante establecida en el artículo 12 de la Ley de Adopción: *"No constituye causal suficiente para la declaración judicial respectiva, la falta de recursos económicos para atender al menor"*

El Interés superior como unidad de medida de la subsidiaridad de la adopción

APORTES.

1. Mayor Precisión de las **causales** que autorizan la declaración de adoptabilidad.

Ej. Art. 13 a) Imposibilidad de ambos padres y demás miembros de la familia de origen, hasta el tercer grado de consanguinidad, de ejercer el cuidado del niño, niña o adolescente respecto de quien se ha decretado la medida de protección de separación de su familia.

2. **Exigencia de oposición fundada de los parientes**. Art. 20 ¨*Se entenderá por oposición aquella que proponga una vía de egreso adecuada, concreta y próxima del niño, niña o adolescente que permanezca en un programa de acogimiento familiar o residencial, cuando corresponda, restituyendo su derecho a vivir en familia asegurándole su bienestar integral* ¨

El Interés superior como unidad de medida de la subsidiaridad de la adopción

3. Sanciones específicas a la falta de colaboración de padres y parientes. Art. 22

Artículo 22.- Negativa y ausencia injustificada a practicarse exámenes y pericias. Se presumirá legalmente la efectividad de la causal de adoptabilidad si uno o ambos padres, o quienes ejerzan el cuidado personal del niño, niña o adolescente, se negaren injustificadamente a la realización de los exámenes o pericias decretadas por el tribunal en la audiencia preparatoria para acreditar la causal de adoptabilidad.

Asimismo, si los ascendientes y otros parientes hasta el tercer grado por consanguinidad en la línea colateral, que se hubieren opuesto oportunamente a la declaración de adoptabilidad, se negaren injustificadamente a la práctica de los exámenes o pericias decretados en la audiencia preparatoria, se tendrá por rechazada su oposición.

El Interés superior como unidad de medida de la subsidiaridad de la adopción

4. Incorporación de la figura de **suspensión de procedimiento**. Art. 23 y 24

Plazos renovables?

En caso de que se proponga una vía de egreso, en los términos señalados en la letra c) del inciso segundo del artículo 21, el tribunal ordenará el egreso del niño, niña o adolescente del programa de acogimiento familiar o residencial en el que se encuentre, si corresponde, y suspenderá el procedimiento de acuerdo a lo prescrito en el artículo siguiente. En caso contrario, dictará sentencia definitiva.

Artículo 24.- Suspensión del procedimiento. De acuerdo a lo prescrito en el artículo anterior, habiéndose ofrecido alternativas idóneas planteadas para el ejercicio del cuidado personal del niño, niña o adolescente, el tribunal suspenderá el procedimiento y establecerá un período de seguimiento no superior a seis meses, con el objetivo de verificar el restablecimiento del derecho del niño, niña o adolescente a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, cualquiera que sea su composición, que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales. El programa correspondiente efectuará el seguimiento y emitirá periódicamente un informe al tribunal. Mientras dure la suspensión del procedimiento, el tribunal decretará de oficio la prohibición de salida del país del niño, niña o adolescente de que se trate.

5. Inicio de nuevo procedimiento de adoptabilidad. Art. 25

Artículo 25.- Inicio de un nuevo procedimiento de adoptabilidad. Si transcurrido el plazo de tres meses, contado desde que la sentencia que denegó la adoptabilidad se encuentre firme, no se verificare el restablecimiento del derecho del niño, niña o adolescente a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, cualquiera que sea su composición, que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, el tribunal, de oficio o a solicitud del Servicio o del organismo acreditado que patrocinó el procedimiento de adoptabilidad, podrá iniciar un nuevo procedimiento de adoptabilidad.

Igualmente se iniciará un nuevo procedimiento de adoptabilidad, cuando corresponda, si el niño, niña o adolescente reingresa a la residencia o programa de acogimiento familiar, dentro del plazo de seis meses contado desde su egreso, cualquiera sea el tiempo de permanencia en él.

6. Ineficacia del reconocimiento de maternidad o paternidad posterior a que la sentencia queda ejecutoriada.

Artículo 27.4 Efectos de la sentencia definitiva que declara la adoptabilidad. La sentencia definitiva firme y ejecutoriada que declare que un niño, niña o adolescente es adoptable, pondrá término al cuidado personal y relación directa y regular a que legalmente se encuentre sujeto, respecto de sus padres, familia extensa y quienes pudieron haber tenido el cuidado personal. Además, privará de todos los demás derechos y beneficios a tales personas respecto del niño, niña o adolescente, para lo cual el tribunal oficiará a las instituciones que correspondan. El tribunal, en la misma sentencia, determinará quién o quiénes ejercerán el cuidado personal del niño, niña o adolescente.
Asimismo, la sentencia definitiva ordenará que se oficie a la Dirección Nacional del Registro Civil, disponiendo que se subinscriba la misma al margen de la inscripción de nacimiento del niño, niña o adolescente, sin que se altere por ello su filiación. Dicha subinscripción sólo podrá ser cancelada por orden judicial.
Una vez ejecutoriada la sentencia definitiva, de oficio, será puesta en conocimiento del Servicio, para que el niño, niña o adolescente sea incorporado al registro a que se refiere el artículo 9.
No producirá efectos el reconocimiento de maternidad o paternidad que se otorgue con posterioridad a la fecha en que la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada.

- 7. Fijación de plazo acotado para iniciar proceso de enlace adoptivo

Artículo 29.- Oportunidad para el inicio del procedimiento de adopción. Encontrándose firme y ejecutoriada la sentencia que declara la adoptabilidad del niño, niña o adolescente, el Servicio o los organismos acreditados nacionales deberán presentar la solicitud para iniciar los procedimientos de adopción de que trata esta ley en un plazo máximo de tres meses contado desde la fecha de aquélla, prorrogables por otros tres meses por resolución judicial sobre la base de un informe que deberá emitir el Servicio o el respectivo organismo acreditado nacional.

En caso de que no se presente dicha solicitud dentro de la oportunidad señalada en el inciso anterior, el tribunal certificará inmediatamente ese hecho y de oficio ordenará al Servicio o al organismo acreditado nacional que haya sido parte en el procedimiento de adoptabilidad, que presente la solicitud a que se refiere el artículo 42, bajo apercibimiento de archivo de la causa de adoptabilidad.

En el caso de lo dispuesto en el inciso anterior, el tribunal dispondrá de oficio la remisión de la resolución que ordena el archivo de la causa al Director Nacional del Servicio para los fines correspondientes, en conformidad a la ley.

DESAFIOS PAÍS

- Tratar de objetivar el interés superior del niño en el contexto de la adoptabilidad …cuestionar algunos dogmas!
- Valorizar a la adopción como instrumento de satisfacción del derecho del niño a vivir en familia… pensando no sólo en el niño, sino que también en la familia de origen.
- Dotar de eficacia a las causas proteccionales. Garantizando la tutela judicial efectiva de todos los intervinientes y el acceso a programas de intervención acordes a las necesidades y posibilidades del grupo familiar.
- Generar instrumentos alternativos de restitución del derecho del niño a vivir en familia: acogimientos definitivos – adopciones abiertas.

“Si cambiamos el comienzo de la historia, cambiamos la historia entera”

El comienzo de la vida”, un documental que explora la importancia que tiene el entorno temprano en el desarrollo cognitivo, social y emocional de la niña y el niño

MUCHAS GRACIAS!