

PROYECTO DE LEY DE REFORMA INTEGRAL AL SISTEMA DE ADOPCION EN CHILE

PROPUESTAS FUNDAMENTALES SOBRE LAS FAMILIAS GUARDADORAS Y RESPECTO DE AQUELLAS QUE DETENTAN EL CUIDADO PERSONAL DE UN NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE

El proyecto de Reforma Integral al Sistema de Adopción en Chile, que actualmente se encuentra en la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, presenta importantes avances respecto de la legislación vigente. Ésta busca principalmente garantizar la subsidiariedad de la adopción y el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en el seno de una familia, reestableciendo requisitos, condiciones y plazos para quienes son adoptados, y también respecto de quienes quieran adoptarlos, pretendiendo resguardar siempre el interés superior del niño.

Sin embargo, hay aspectos relativos a la posibilidad de adopción por parte de las Familias Guardadoras o de Acogida de un Programa de Acogimiento Familiar (FAE) y de aquellas familias que en la práctica detentan el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes (NNA), que deben ser expuestos y revisados en orden a cautelar y promover el mejor desarrollo y contexto emocional, social y legal en razón del interés superior de dichos niños, niñas y adolescentes.

En esa línea, en base al resultado de una mesa técnica integrada por Fundación Pro Bono -a través de los estudios jurídicos FerradaNehme y Baker McKenzie y de las abogadas especialistas del Área Familia, Marianela Villarroel y Alejandra Mercado- junto a Fundación Pro Acogida, se presentan dos propuestas:

1. Resguardo del interés superior del niño, niña o adolescente mediante su permanencia definitiva con la familia que el juez determine a través de las herramientas otorgadas por la ley, sea la de origen, la familia guardadora, la que detente su cuidado personal o la familia adoptiva:

En el actual proyecto de ley se limita excesivamente la posibilidad de adoptar por parte de las familias guardadoras y no se prevé dicha posibilidad para aquellas familias que detentan el cuidado personal de un NNA. Fundación Pro Bono y Fundación Pro Acogida proponemos que excepcionalmente dichas familias puedan ser consideradas y evaluadas en igualdad de condiciones como familia adoptiva luego de declarada la susceptibilidad de adopción del NNA y de acuerdo a los requisitos que se detallarán más abajo.

Si bien la institución de Familias Guardadoras o de Acogida en Chile es esencialmente temporal y cumple un rol que hay que resguardar como tal dentro de la institucionalidad, una vez que el NNA ha sido declarado susceptible de adopción, es decir que la vinculación con su familia de origen ha fallado, en aquellos casos en que se haya generado un lazo afectivo y de estabilidad con la familia guardadora/cuidadora y que ésta cumpla con los requisitos de idoneidad para la adopción, debe ser considerada de forma excepcional como familia adoptiva, en razón del interés superior del NNA; de su derecho a tener una familia y que sea la que mejor responde a sus necesidades particulares.

El juez siempre deberá velar por el respeto y ejercicio de estos derechos, escuchando la opinión del niño, la de su curador ad litem, además de solicitar herramientas de la psicología y todo medio de prueba pertinente para el proceso, que le permitan determinar dónde se encuentra el mayor beneficio emocional y la estabilidad para el NNA, resguardando así su interés superior, poniendo a disposición su permanencia con la familia guardadora en caso de que sea lo mejor para él.

En el artículo 37 del actual proyecto de ley se prohíbe a las familias guardadoras adoptar al primer NNA que tienen bajo su guarda y, por otro lado, las obliga a cumplir al menos un período de cuidado de 18 meses ininterrumpidos para optar a su adopción. Estas disposiciones están diseñadas desde la perspectiva de beneficio de las familias adoptivas y no desde el interés superior del NNA, ya que resulta atentatorio para el NNA, al no existir plazo mayor ni menor para asegurar con certeza su nivel de vinculación con la familia. Si dentro de esta familia el NNA desarrolla sentido de pertenencia, se satisfacen sus necesidades básicas y derecho a vivir, descansar y jugar en un ambiente sano y feliz; y en consideración de que sus oportunidades de adopción disminuyen con el tiempo (las oportunidades para adopción disminuyen 20% por cada año que se retrasa el proceso, Department of Education, 2011) no existe justificación ni lógica en establecer plazos como los propuestos en el proyecto de ley.

En síntesis, la ley debe velar porque exista una familia para el niño y no un niño para una familia.

PROPUESTA:

Que las familias guardadoras de un Programa de Acogida Familiar y las personas que detentan el cuidado personal del NNA puedan ser consideradas excepcionalmente por el tribunal como una opción de familia adoptiva, considerando el lazo generado con el NNA y no el tiempo que lo ha tenido bajo su cuidado, siempre y cuando:

- El NNA haya sido declarado susceptible de adopción.

- La familia guardadora o la que tiene el cuidado personal del NNA haya sido declarada idónea para la adopción. Para esto se debe posibilitar que ellos puedan acceder a dicho estatus y no considerarlo incompatible con ser familia de acogida.
- En caso de no existir informes previos o éstos sean insuficiente, que el tribunal solicite informes de seguimiento respecto de la familia guardadora o de quién detentó el cuidado personal, para evaluar si el NNA se encontraba en condiciones idóneas de resguardo mientras se encontraba bajo su cuidado.

Argumentos:

1. Discriminación injustificada a favor de las familias adoptivas: a las familias adoptivas no se les pide que tengan un tiempo previo con el NNA cuando se les entrega en adopción, por lo que no se entiende la lógica de pedir que el NNA haya pasado a lo menos 18 meses con la familia de acogida.
2. Adopción de NNA “mayores”: es bien sabido que las parejas o personas que buscan adoptar quieren hacerlo de un infante o con la menor edad posible, es decir, que el NNA no supere los 3 o 4 años de edad. Por esto, en los hogares de SENAME hay NNA que fueron declarados susceptibles de adopción, pero por tener más de la edad señalada no son adoptados, estando eternamente en un sistema que no les entrega las condiciones necesario para su desarrollo. Por lo mismo, una familia de acogida al comenzar a generar un lazo con el niño puede, en algún caso, querer adoptar a este NNA y no puede ser que sea la ley quien le quite esta posibilidad al NNA de contar con una familia.
3. Interés superior del Niño: al ser este un principio y una norma del procedimiento, debemos ver en cada caso cómo se aplica dicha máxima, por lo mismo, en estos casos habrá que mirar el interés superior de ese niño, y no tratar este argumento de forma genérica. Lo peor que puede pasarle a un NNA es sacarlo de una familia que el reconoce como tal para revincularlo con otra que no conoce, ya que solo se aumentará su sentimiento de abandono con los comprobados daños emocionales y cognitivos que esto conlleva¹.

¹ De acuerdo a lo señalado por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas en su Observación General N°13, el principio del interés superior del niño indica que:

- Para tomar cualquier decisión que afecte la vida de un niño, niña o adolescente o un grupo de ellos, se debe considerar de forma primordial sus intereses anteponiéndolos a cualquier otro interés en juego ya sea ideológico, económico, religioso, o particular de un grupo de adultos.
- La definición del interés superior del niño, por tanto, no es lo que al adulto o un grupo de adultos define desde su visión particular que es mejor para un niño o niña, sino que refiere a aquellas condiciones que favorecen el más pleno ejercicio de todos los derechos de la Convención, recordando que entre los derechos del niño no existe jerarquía y que estos derechos son interdependientes e indivisibles.
- La evaluación del interés superior del niño requiere un estudio caso a caso, que implica la consideración de las características y contexto particular de cada niño y niña, y de cómo cada una de las posibles decisiones a tomar afecta en mayor o menor medida los demás derechos establecidos en la convención. Por tanto, no es posible definir a priori el interés superior del niño o establecer un interés general aplicable a todos los niños y niñas. Las Directrices Cuidados Alternativos ONU dicen que la aplicación de éstas debe hacerse caso a caso y deben estar fundamentadas en el interés y sin hacer discriminación alguna.
- Finalmente, el Comité señala que la metodología por excelencia para la evaluación del interés superior del niño es la participación del niño o niña, en cuanto se trata de su vida y son ellos quienes mejor pueden orientar sobre sus

4. No se está eligiendo un NNA para adoptar: tal como establece el espíritu de ley, las familias no pueden elegir al niño que adoptan, sino que el sistema vela por darle al niño la familia más idónea para cumplir los requerimientos del NNA. En este caso se cumple el principio solo que se altera, de forma excepcional, el orden de los factores, ya que el NNA ya conoce a esta familia y es él quien la reconoce como tal y no la familia. Además, el daño que se produce al no dejar que la familia de acogida se transforme en definitiva recaerá sobre todo en el NNA más que en cualquier otro interviniente.
5. Legislación comparada: a nivel internacional la mayoría de los países, si bien no establecen una preferencia para las familias guardadoras al momento de adoptar tampoco impide que éstas puedan hacerlo. Están actualmente en esta situación México, Colombia, España y Francia, entre otros. Además existen países como EEUU en donde sí se otorga una suerte de preferencia a las familias, ya que el sistema no presenta trabas injustificadas a la hora de solicitar la adopción del NNA que tienen a su cuidado².

Por todo lo anteriormente señalado, el artículo debiese quedar:

Artículo 37. Dentro de las personas a que se refiere el artículo anterior, cuando así lo aconseje el interés superior del niño, niña o adolescente, deberá considerarse al guardador o guardadores de un programa de acogimiento familiar o quien o quienes hubiesen detentado el cuidado personal del niño, niña o adolescente, cuando soliciten la adopción de quien est
é o haya estado sujeto a su cuidado, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

intereses. Esto implica la opinión del niño afectado debe ser tomada en cuenta a la hora de tomar una decisión. La mayoría de los niños en Familias de Acogida tiene edad para decir su opinión. De los 6000 niños hoy solo 1200 son de 0-3 años.

Por tanto, en materia de adopción de niños en familias de acogida esto implica que a la hora de decidir la filiación de un niño o niña a una familia:

- Debe primar que el niño pueda vivir con la familia que mejor garantice el ejercicio de sus derechos para ese niño en particular y no los intereses particulares, deseos, necesidades, tiempo de espera, procesos vividos, etc, de los adultos postulantes a padres adoptivos. Tampoco debiera primar ningún otro criterio basado en definiciones a priori de lo que es considerado mejor par los niños en general, como composición de la familia o nivel socio-económico, las cuales responden más a criterios ideológicos arbitrarios que a una definición sería del interés superior del niño.
- Debe considerar que la decisión tomada garantice el más pleno ejercicio de derechos o que en su defecto implique la menor vulneración de los niños niñas o adolescentes. En este sentido nos parece que establecer a priori requisitos para la adopción por parte de familias de acogida, puede conducir a decisiones que vulneren el derecho a la vida, integridad y desarrollo del niño, al exponerle innecesariamente a un nuevo desarraigo y retraumatización, lo cual será explicado más adelante.
- Debe realizarse mediante una evaluación caso a caso que amplíe las posibilidades que permitan decidir en base al interés superior, sin estar sujeta a limitaciones establecidas a priori, como tiempos mínimos de permanencia con una familia de acogida ni número de acogimiento realizado por esa familia. Asimismo se considera que en la evaluación del interés superior para esta decisión se deben considerar las opiniones fundamentadas del consejo técnico y los equipos profesionales que conocen tanto al niño como a las familias postulantes.
- Debe consultar y tomar en cuenta la opinión del niño o niña en la decisión que le afecta, donde sin duda la afiliación a una familia no solo le afecta sino que es determinante en su vida. De acuerdo a la etapa de desarrollo y/o voluntad del niño o niña, esta participación puede darse de forma directa (ej. entrevista) o a través de un representante de los intereses del niño (curador ad-litem, profesional tratante, etc.)

² Fuente Biblioteca del Congreso Nacional. Propuesta de Modificación al artículo 37.

a) Que se acredite, a través de los informes de seguimiento de familia guardadora, que el niño, niña o adolescente, mientras estuvo a su cuidado, se encontraba en condiciones idóneas de cuidado. El juez deberá requerir un informe cuando no existan o cuando considere que los informes de seguimiento no han sido suficientes.

b) Que se efectúe la certificación de poseer las condiciones generales para la adopción de un niño, niña o adolescente a que se refiere el artículo 39.

Una vez cumplidos los requisitos establecidos, y cumpliendo con los demás requisitos establecidos en la presente ley, el juez podrá preferir a dichos guardadores o cuidadores para la adopción en consideración al interés superior del niño, niña o adolescente.

2. Cuidado personal del niño, niña o adolescente por parte de la familia de acogida, una vez decretada la susceptibilidad de ser adoptado:

Cuando los intentos por revincular al niño, niña o adolescente con su familia de origen son fallidos, el tribunal decreta su susceptibilidad de adopción. **En el artículo 27 del proyecto de ley se señala que al momento en que dicha sentencia se encuentre firme y ejecutoriada, se pondrá fin al cuidado personal y relación directa y regular por parte de la persona que detentaba dicho título respecto de ese NNA.** Además, se privará de todos los demás derechos y beneficios a tales personas respecto del NNA, para lo cual el tribunal oficiará a las instituciones que correspondan. Además éste determinará quién o quiénes ejercerán su cuidado.

Frente a este articulado, es fundamental que se resguarde que no existan NNA que, ya declarados susceptible de adopción, sean trasladados a otra familia de acogida o guardadora o bien institucionalizados en el tránsito a que se concrete su adopción. A la separación de su familia de origen y luego de acogida, un cambio o traslado de esta naturaleza le generará otro quiebre afectivo más en su ciclo de vida, en su estabilidad material, emocional y de los cuidados con los que está familiarizado. Pero el daño no solo es de plano espiritual y emocional, sino que además se afecta su desarrollo físico y cognitivo, ya que una persona sometida a situaciones de estrés y readaptación a nuevas figuras de protección, nuevos entornos y nuevos espacios de educación, está expuesta a la producción de índices elevados de cortisol que impactan en el desarrollo del cerebro en su etapa de crecimiento/desarrollo más importante (Siegel, 2015). Así lo evidencian también los estudios de ACES (experiencias adversas en Infancia - Felitti & Anda (1998; Jackson Nakazawa, 2015) que indican que la experimentación de distintos eventos traumáticos durante la infancia tiene efectos a largo plazo, que se manifiestan en una peor salud física y mental durante la adultez.

Comentado [OP1]: Por lo tanto, la propuesta de FPB y FPA:

1. Elimina:

-El requisito del plazo de 18 meses para adopción por parte de familias guardadoras.
-Las limitaciones a los guardadores para adoptar al primer NNA bajo su cuidado.

2. Agrega requisitos para la evaluación de idoneidad de la familia guardadora como eventual familia adoptiva.

En síntesis, se debe velar porque el traspaso de una familia de acogida a una familia de adopción sea lo más armónico posible para el NNA.

PROPUESTA:

Que el Tribunal tenga la facultad de ponderar y determinar quién o quiénes son las personas más óptimas para detentar el cuidado personal del niño, niña o adolescente, durante el proceso transitorio de espera a la susceptibilidad de adopción, y cuando fue declarado como tal, considerando en esta evaluación a quienes actualmente detentan dicho cuidado o a quienes lo hayan detentado en alguna oportunidad, para que el NNA se mantenga en un espacio de confianza, resguardo y de continuidad, evitando así su constante movilización durante el proceso.

Por lo anteriormente señalado el articulado debiese quedar:

Artículo 27.- 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, **debiendo considerar la conveniencia de mantener al niño, niña o adolescente con el guardador o guardadores de un programa de acogimiento familiar y/o a quien o quienes se les hubiere confiado previamente el cuidado personal del niño, niña o adolescente.**

Comentado [OP2]: Se propone agregar este párrafo.

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.

Párrafo 3°

Gestiones posteriores a la declaración de adoptabilidad

Artículo 28.- Cuidado personal posterior a la sentencia que declara la adoptabilidad. Una vez ejecutoriada la sentencia de adoptabilidad, el o los solicitantes que cumplan con los requisitos legales y que hayan sido seleccionados por el Servicio o por los organismos acreditados, según corresponda, como alternativa de familia adoptiva para el niño, niña o adolescente, podrán requerir su cuidado personal al Tribunal. En ningún caso la solicitud podrá hacerse por más de dos personas conjuntamente.

Podrán también efectuar dicha solicitud al Tribunal, el que sea o haya sido guardador o guardadores de un programa de acogimiento familiar o quien o quienes detenten o hubiesen detentado el cuidado personal del niño, niña o adolescente, en la medida en que dichos cuidadores y guardadores expresen, en su solicitud, su interés en convertirse en adoptantes del mismo y cumplan con los requisitos legales para serlo.

Comentado [OP3]: Palabra agregada.

Comentado [OP4]: Párrafo agregado.

Junto con la solicitud a que se refieren los incisos precedentes, los solicitantes deberán acompañar un informe evacuado por el Servicio o el organismo acreditado, según corresponda, que contenga los antecedentes que permitan justificar la selección del o los solicitantes como alternativa de familia adoptiva cualquiera sea su composición, teniendo especialmente en consideración respecto del niño, niña o adolescente y del o los solicitantes los criterios señalados en el inciso segundo del artículo 46 y en el inciso tercero del artículo 39. El informe deberá, además, señalar con claridad, en el caso de dos solicitantes vinculados entre sí, las consideraciones referidas a la estabilidad y antigüedad de su relación y su actuar de consuno, que permita asegurar el cumplimiento de los fines de la adopción previstos en esta ley.

Comentado [OP5]: Agregado.

Para realizar la selección a que se refiere el inciso primero y el informe a que se refiere el inciso tercero, se considerará especialmente la existencia de un ambiente familiar donde se vea protegido el interés superior del niño, niña o adolescente y, en ningún caso, se podrá discriminar arbitrariamente a los solicitantes por consideraciones fundadas en motivos tales como etnia, nacionalidad, situación socioeconómica, idioma, ideología u opinión política, religión o creencia, sexo, orientación sexual, identidad de género, estado civil, edad, filiación y/o apariencia personal.

Comentado [OP6]: Se cambio segundo por tercero.

Para los efectos de esta ley se entenderá que tratándose de niños, niñas y adolescentes indígenas el proceso de adopción deberá promover y proteger el derecho de éstos a vivir de acuerdo con su propia cultura, religión e idioma.