

Corriendo contra reloj: por el derecho a vivir en familia

Sergio Henríquez

Juez Destinado, Centro de Medidas Cautelares

Abstract

En el marco del Conversatorio “Construyendo hogares, creando futuros: un diálogo sobre el proyecto de ley de adopción”, celebrado el día miércoles 17 de julio de 2024, organizado por el Programa Persona, Familias y Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, se presenta un comentario del proyecto de ley BOLETÍN N° 9.119-18, de Reforma Integral al Sistema de Adopción en Chile, teniendo en cuenta las últimas indicaciones presentadas por el Ejecutivo el 23 de enero de 2024.

Keywords: Adopción, Justicia de Familia, Derechos del Niño, Protección

Agradecimientos

Primero que todo, agradezco este honor al Programa Persona, Familias y Derecho, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, al Instituto de Estudios Judiciales, a la Comisión de Infancia y Familia de la Asociación Nacional de Magistradas y Magistrados de Chile, y a mi compañera Marcela Carvajal Flores, Consejera Técnica y Trabajadora Social, por permitirme exponer hoy mis ideas en este espacio que admiro y respeto profundamente.

Aspectos generales

Debo comenzar señalando que, en general, me parece un buen proyecto, las indicaciones del ejecutivo son adecuadas, coherentes con la ley 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de Derechos de la Niñez y Adolescencia (BCN, 2022), y promueve una mirada que tiende a respetar el carácter de última ratio de la separación de los niños, niñas y adolescentes de sus familias, conciliando la tensión que pueda darse con el derecho de aquellos a vivir en familia, incluso fijando ciertos plazos, presunciones y procedimientos acotados, que permiten asegurar que ambos principios encuentren armonía en nuestro sistema.

Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile. Magíster en Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia de la Universidad Diego Portales. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario. Miembro de Humanizar, Asociación Chilena de Justicia Terapéutica. Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Capítulo Chile. Miembro de la Asociación Nacional de Magistradas y Magistrados de Chile. Juez de Letras de Quintero, actualmente Destinado del Centro de Medidas Cautelares. Su correo electrónico es sergiohenriquez@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8182-4735>.

Una de las principales críticas que de las que se hace cargo el proyecto, con las indicaciones que ahora se presentan desde el Ejecutivo, dicen relación con el tiempo que transcurre en la tramitación de las adopciones y que actualmente pueden demorar años en concretarse, frustrando el derecho del niño, niña y adolescente a vivir en familia. Pero esta crítica también se podría formular al Poder Legislativo, teniendo en cuenta que el mensaje que dio inicio a este proyecto es del 8 de octubre del año 2013, y que a esta fecha, 17 de julio de 2024, ya han transcurrido más de 10 años de tramitación, casi 11 años, provocándose un daño irreversible a todos los niños, niñas y adolescentes que pudieron verse beneficiados con una ley de adopción adecuada muchos años antes, por cuanto el diagnóstico general, bastante crítico del actual procedimiento de adopción, era desde entonces bastante conocido.

De esta manera, tal como el 8 de octubre de 2013, se mantienen las mismas críticas respecto de la desconexión entre los procedimientos de protección y adoptabilidad, en cuanto no se visibiliza la trayectoria de protección y mantiene un enfoque fragmentado de la intervención con los niños, niñas y adolescentes. Existen medidas contradictorias en cada procedimiento, no se inicia en todos los casos en los que debiera comenzar un procedimiento de adopción de niños, niñas y adolescentes separados de sus familias de origen. Asimismo, el actual procedimiento no promueve la desinstitucionalización, generando los ya conocidos problemas de graves vulneraciones de derechos en esos contextos, evidenciando además la duplicidad de gestiones y de intervenciones que no ponen en el centro en interés superior del niño, niña o adolescente, tanto desde un punto de vista procedimental como desde el punto de vista sustantivo del efectivo goce de su derecho a vivir en familia.

Se trata también de un procedimiento que no asegura el rol subsidiario del estado, por cuanto no está orientado al egreso sino que a la adoptabilidad, no involucra a las familias desde la medida de protección o la separación, reduciendo las causales a la resistencia a la participación en los programas a los que son derivados, sin considerar la complejidad de dichas familias, y en definitiva extendiendo las intervenciones y generando incertezas jurídicas por largos periodos de tiempo, vulnerando a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y que muchas veces se traducen en una internación permanente en centros administrados por el Estado, que ahora sabemos, por el reciente informe de la Corte Suprema, se encuentran sobre poblados y en hacinamiento(Suprema, 2024).

Pero tal como se indicó, las indicaciones presentadas realizan adecuaciones al proyecto de ley para incorporarlo en el nuevo corpus normativo que genera la Ley 21.430, que actúa como una ley marco en materia de derechos de la niñez y adolescencia. Asimismo existen nuevas estructuras orgánicas que es necesario considerar para efectos de adecuar el procedimiento, tales como el Servicio Nacional de Protección Especializada(BCN, 2021), que reemplaza al Servicio Nacional de Menores, las Oficinas Locales de la Niñez(BCN, 2024), los Programas de Diagnóstico Clínico Especializado(de Protección Especializada, 2023b), y la nueva oferta programática adecuada al sistema de protección integral(de Protección Especializada, 2023a) que establece la nueva normativa.

Desde el punto de vista de la trayectoria proteccional de los niños, niñas y adolescentes, es necesario recordar que este puede ser de naturaleza administrativa o judicial. Sin embargo por expresa disposición de la ley 21.430 en su artículo 68 inciso segundo, las materias relativas a adopción son de exclusiva competencia de los Juzgados de Familia o con competencia en esa materia. En este sentido, conviene recordar que existe un proyecto de ley de adecuación de la Ley N° 19.968(del Congreso Nacional, 2004) a la Ley N° 21.430, boletín número 16286-07,

el cual debiera ser armónico con este proyecto, pues si bien la adopción propiamente tal es materia de conocimiento exclusivo de los Juzgados con competencia en materias de Familia, la mayor parte de las veces el origen de estas causas tienen naturaleza proteccional, y ello implica la participación tanto de la vía administrativa como judicial de protección de derechos, lo que podría eventualmente convertirse en un obstáculo a la celeridad del procedimiento, de no existir normas claras que faciliten el traspaso de casos y la utilización eficiente de los informes y los productos que pueden emanar de los procedimientos proteccionales.

En este sentido se comparte el espíritu de las indicaciones de Su Excelencia el Presidente de la República, pues reconoce que un procedimiento, en la actualidad, podría durar años en nuestro sistema judicial, y se coincide en este sentido en que el procedimiento debe adecuarse y facilitar el uso eficiente de los informes y trabajos realizados en materia de protección, pero como desde ya se adelanta, gran parte de los atrasos en la tramitación obedecen también a la carencia de recursos por parte de las instituciones que deben practicar los informes y evaluaciones pertinentes.

Comentarios particulares al proyecto de ley de adopción

Definiciones

Respecto de las innovaciones que presenta las indicaciones del Ejecutivo, destaca la redefinición del concepto de "adopción", pues la redacción es mejor que la anterior, precisa de mejor manera que es, por una parte, una medida de protección, la más intensa del sistema, y por otra, un medio por el cual se establece la filiación. Pero lo más relevante, es que su finalidad, no es simplemente establecer una filiación, porque de ser así, bastaría con la que ya tiene biológicamente en la mayoría de los casos, sino garantizar el derecho del niño, niña o adolescente, a vivir en una familia protectora de sus derechos. La norma, al igual que en su versión anterior, es clara en establecer que es una medida de ultima ratio, aunque esto no debe extremarse sobreponiendo el principio de subsidiaridad por sobre el interés superior del niño, niña o adolescente, y por otra parte, se deben establecer mecanismos que permitan dar garantías de que se han agotado razonablemente los esfuerzos de reunificación con la familia de origen, lo que en efecto se propone más adelante.

Destaca también el apartado de definiciones, que simplifica bastante la redacción del articulado posterior, y la normativa nacional e internacional aplicable, entre las que se releva por supuesto, la ley de Garantías.

Se coincide en la necesidad de respetar los derechos de las niñas niñas y adolescentes en el procedimiento, por aplicación del interés superior del niño en su dimensión procedimental, la necesidad de configurar causales de adopción que se adecuen a la realidad de nuestro país y a la normativa vigente en materia de infancia, la definición de familia de origen, en armonía con una visión amplia de familia, que es garante del efectivo goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Cambios en el procedimiento

También se coincide con la necesidad de innovar procedimentalmente para evitar la reiteración de procedimientos, y brindar de un espacio de protección de derechos coherentes con la necesidad de garantizar el derecho de vivir en familia y del irreversible paso del tiempo que afecta en estas materias. En este sentido, la modificación de la ley 19.968, que

reemplaza el artículo 74 por uno nuevo que regula la medida de protección de separación del niño, niña o adolescente de su familia, en concordancia con el art. 9 de la Convención(ONU, 1989), especifica que la separación sólo procede por grave vulneración de derechos que ponga en riesgo su vida o su integridad. Este último concepto, en todo caso, puede abarcar vulneraciones más amplias, como la psicológica, pero siempre debe ser de gravedad. Aunque en su redacción, se extraña que se haya omitido el análisis de los elementos del interés superior del niño del artículo 7 de la ley 21.430, que muy bien ha realizado UNICEF y el Poder Judicial en reciente Guía elaborada justamente al efecto(UNICEF, 2022).

Por otra parte, se observa en la propuesta una gradualidad en la medida. Ha de preferirse primero la familia extensa, y en caso de no existir o ser inconveniente, de manera excepcional, la alternativa residencial. Los niños y niñas entre 0 y 3 años deberán estar en modalidad de acogimiento familiar, cuestión que se sabe, no se cumple, pese a que la norma existe actualmente, y no se cumplirá de no existir recursos y cambios metodológicos que permitan excluir a estos niños y niñas de las residencias.

La norma resguarda también el principio de no separación entre hermanos, aunque parece que no resulta suficientemente enfática. Se hubiese preferido una declaración del tipo: "se respetará el principio de no separación de hermanos, procurando mantenerlos juntos en la implementación de estas medidas. De no ser posible...". Respecto del registro solicitado, establecerlo a nivel legal es de utilidad, porque insuma a los programas y al propio tribunal, respecto de las alternativas de cuidado familiar, respetando el carácter de ultima ratio de la medida. Igualmente, es de suma utilidad la información que señala la norma propuesta, para excluir personas que no revisten las condiciones proteccionales para cuidar al niño, niña o adolescente.

En el mismo sentido, se valora la incorporación de un artículo 74 bis, que expresamente prescribe que "la sentencia que decrete o confirme una medida de protección de cuidado alternativo (...) dará inicio a la etapa regulada en el párrafo primero bis del Título IV de esta ley". Este artículo es relevante, porque unifica el actual procedimiento de susceptibilidad, con el procedimiento proteccional, superando los principales problemas que se habían advertido: el tiempo excesivo que tomaba el procedimiento, y la repetición innecesaria de informes, junto con el desconocimiento de lo trabajado en la etapa proteccional.

El carácter subsidiario de la medida se demuestra en el claro límite temporal que le asigna: un máximo de doce meses. Además, señala que el tribunal deberá informar que el objetivo de esta medida es el fortalecimiento familiar y la revinculación del niño, niña o adolescente con su familia de origen. Este deber de información es positivo, para aclarar que se trata de una medida extraordinaria y excepcional. En lo que respecta a la notificación, el legislador a optado por flexibilizar el estándar, no exigiendo notificación personal, sino prefiriendo notificaciones electrónicas, y en caso de no contar con ello, notificación por avisos y carta certificada. Ello perjudica la calidad del emplazamiento de los parientes, pero ello se puede justificar en el interés superior del niño en una dimensión procedimental, porque justamente, uno de los principales obstáculos para el avance del procedimiento, era la debida notificación de todos los parientes.

Destaca asimismo la creación de un "párrafo primero bis" en la ley 19.968, con nuevos artículos 80 ter y siguientes, destinados a regular el procedimiento proteccional en el que se encuentra un niño, niña o adolescente separado de su familia. De todo su articulado, destaco que las normas intentan vincular al niño, niña o adolescente, no solo con su familia

de origen consanguínea, sino incluso con terceros relevantes que puedan aparecer, y que estén disponibles para asumir los cuidados proteccionales. Al momento de pronunciarse sobre el egreso de la medida, hay cuatro alternativas: 1) El término de la medida de separación, restableciendo el cuidado personal del niño, niña o adolescente con uno o ambos de sus progenitores; 2) El término de la medida de separación, radicando el cuidado personal en algún miembro de su familia extensa o en algún adulto significativo; 3) La modificación de la medida de separación, por una modalidad de cuidado alternativo en familia extensa, decretando el cuidado personal de carácter proteccional del niño, niña o adolescente; 4) La adoptabilidad, de conformidad con la normativa de adopción vigente.

Las tres primeras implican el retorno del niño, niña o adolescente a su grupo familiar, sea respecto de sus progenitores o familia de origen, sea respecto de su familia extensa o personas relevantes que asuman su cuidado. Pero también es causal de egreso decretar la adoptabilidad, al fracasar los intentos de revinculación familiar. Esto se hace si se constata que su familia de origen no tiene las condiciones necesarias para procurar los cuidados tendientes a la realización de los derechos del niño, niña o adolescente, amenazando su vida e integridad física y psíquica.

Si habiendo egresado por causales 1 a 3, fracasa nuevamente el cuidado del niño, niña o adolescente, se puede volver a decretar una separación del niños, niña o adolescente como medida de protección, pero de una duración no mayor a seis meses. En esta nueva oportunidad, además, sólo se citarán personas que en la etapa anterior se hubiesen presentado como posibles alternativas de egreso.

Si se decreta el egreso por causal 4, es decir, adoptabilidad, se excluye a la familia de origen de la causa para garantizar reserva. El artículo 80 decies, propone criterios para que el juez o jueza determine si el niño, niña o adolescente ha sido abandonado por sus progenitores, y así declarar derechamente su adoptabilidad.

Este artículo puede ser útil, para despejar criterios que pueden ser sesgados, aunque de todas formas es necesario advertir que estos aspectos se deben evaluar caso a caso, pues pueden existir condiciones particulares que impidan o dificulten a las familias de origen participar de las audiencias o de los programas, pero que tengan interés en mejorar y en cuidar al niño, niña o adolescente. Estrada y Morales lo describen muy bien cuando ejemplifican "un caso donde la Corte revocó la susceptibilidad declarada en primera instancia, la familia tenía como horario de visita los lunes de 3 a 5 de la tarde. ¿Qué trabajador puede obtener permiso en jornada laboral todas las semanas? ninguno, obviamente. La fijación de ese horario devenía en una estrategia de alejamiento de la familia de origen, pero aparecía a los ojos del juzgado de primera instancia como un argumento más del abandono" (Estrada & Morales, 2020, p. 203).

Igualmente, es necesario tener cuenta que es muy posible incurrir en sesgos de género que hagan recaer en la mujer y madre, la culpa y responsabilidad de las faltas en los cuidados de los niños, niñas y adolescentes, y cabe preguntarse cuáles fueron los esfuerzos del Estado, en ese caso, para superar la discriminación de género, brindar los apoyos necesarios para evitar llegar a la máxima intensidad de las medidas de protección. Con Estrada nuevamente, "la "buena madre" y el "padre suficiente", pueden justificarse procesos de separación del niño y su posterior internación y adopción. El Comité de la CEDAW ha sostenido que: "Las mujeres (...) hacen frente a muchas dificultades para obtener acceso a la justicia como resultado de la discriminación directa e indirecta". Las descalificaciones que históricamente

se han formulado a las madres, nunca a los padres, están en la base de cada decisión de internación. Frente a estas prácticas, los artículos 2° letras c, e, f, 5 y 16 permiten, primero, construir como discriminaciones normas y prácticas que evalúan a las madres y, luego, exigir que las prácticas, instrumentos y sentencias de evaluación se sometan a los requerimientos de igualdad que formula la CEDAW. En enfrentar la discriminación, la CEDAW está en línea con la CDN que, al regular el derecho a la privacidad en el art. 16, lo hace de una manera que la versión en español no alcanza a dar cuenta, pues la versión en inglés es la siguiente: “No child shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his or her honour and reputation.” (Estrada, 2022, p. 254)”

Finalmente, señala la norma que la resolución que decida la causal de egreso debe ser fundada. Al respecto, sólo debo señalar que cada vez que el legislador exige que “la resolución deberá ser fundada”, pareciera que manda un nivel de reflexión y ponderación, equivalente al que se requiere cuando se escribe una sentencia. Hay que recordar que por lo menos ahora, ello no es posible, pues la ley ordena dictar sentencia al finalizar la audiencia. Debiese quizás explicitar que esta decisión deberá escriturarse, y dar un plazo de cinco días para hacerlo. Tal como se ha dicho, hay un proyecto de ley en el Congreso que modifica la Ley 19.968 para adecuarla a la ley 21.430, Boletín número 16286-07, el cual justamente se refiere a este punto, y sería recomendable armonizarlo, pues no sólo implica tiempo y dedicación, sino también recursos y dotación, porque afecta la disponibilidad de jueces y juezas en sala.

El caso de los guardadores como adoptantes

Se valora también la posibilidad de que los guardadores puedan adoptar, pues considera la realidad de los aquellos que, debido a los extensos períodos de tiempo que transcurren bajo sus cuidados, generan lazos fuertes con los niños y desean adoptarlos, lo que hoy no está siendo considerado. 18 meses parece tiempo más que suficiente, cumpliendo todos los requisitos de adoptabilidad, teniendo presente que nuestra doctrina confirma que, mientras más tiempo transcurre, más improbable se hace la revinculación con la familia de origen, y más difícil se hace la adopción, como lo sostiene Illanes al señalar que “la literatura especializada suele destacar como un factor clave a la hora de intervenir a niños que han sido privados del cuidado parental, la necesidad de que la medida de separación dure el menor tiempo posible (...) el conocimiento acumulado a la fecha muestra que el timing parece ser una variable central, sugiriendo que muchos niños se reunifican rápidamente al comienzo, pero las probabilidades de reunificación declinan rápidamente después de seis meses de estar institucionalizados” (Illanes, 2019, p. 57)

Evaluación de postulantes

Se coincide en la necesidad de profundizar la regulación de la evaluación de postulantes para la adopción, ampliando el espectro a personas que con la actual legislación se ven privadas o muy dificultadas de ser familia adoptante, y precaviendo el uso de estas herramientas con fines delictivos o fraudulentos. En este sentido la eliminación de preferencias para la adopción pone en el centro el derecho del niño, niña o adolescente a vivir en familia, con independencia de la estructura y composición de esta, siendo lo único relevante la estabilidad y la protección familiar, sea cual sea el tipo de familia de que se trate, en contraste con

algunas indicaciones de algunos Senadores, que persisten en que se mantenga una visión rígida de familia, que no se sostiene con la actual normativa vigente en la ley 21.430. Así, la evaluación que se propone considerar aspectos generales y particulares del adoptante, que en general puede decirse, garanticen el efectivo goce de los derechos de niños, niñas y adolescentes, aunque el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, ha de recordarse, se determina en concreto, cuando se estudie la posibilidad de adoptar a un niño o niña en particular.

Respecto de la evaluación de las condiciones laborales, habitacionales y previsionales, estimo que sólo debiera considerar aspectos gruesos, para no caer en causales de discriminación prohibida, como la pobreza.

En cuanto a la mantención de vínculos con su red socio familiar o de apoyo, tales como comunidades indígenas, étnicas o religiosas, estimo que no debiese ser excluyente, pero si relevante para determinar la conveniencia de ligar en adopción ciertos niños y niñas que tengan, por ejemplo, pertenencia a pueblos originarios.

Respecto de las consideraciones de salud física y mental, capacidades socio-afectivas e historia vincular de apego, así como las capacidades para asumir el cuidado, protección y crianza de niños, niñas y adolescentes, estimo que estas evaluaciones debieran estandarizarse y revisarse periódicamente, para pesquisar sesgos discriminadores, y entrenar y supervisar a quienes los aplican para homologar criterios, y evitar diferencias inter-jueces que produzcan desigualdades ante la ley.

Respecto del proyecto adoptivo, los factores determinantes para la adopción y la evolución en las etapas previas durante el proceso adoptivo, estimo que este aspecto puede ser evaluado de manera muy subjetiva. Si no existen instrumentos confiables y objetivos, revisables y supervisables, es mejor disminuir su influencia. Lo importante es ofrecer seriamente un proyecto de familia, pues de lo contrario se puede caer en prácticas discriminadoras prohibidas.

También señala la norma que considerará en esta evaluación, además de los antecedentes penales y registros que señala, "Cualquier otra circunstancia que pueda poner en riesgo la integridad física, psíquica o emocional del niño, niña o adolescente que se pretende adoptar", cuestión que es difícil determinar, sin tener en cuenta al niño, niña o adolescente que en concreto se seleccione para adoptar.

Respecto a los criterios de inclusión en este registro, la norma es clara en prohibir la discriminación, señalando que "En ningún caso se podrá negar la inclusión a este registro por causales que constituyan discriminación arbitraria, de conformidad con lo señalado en la ley N° 20.609(BCN, 2012)". Por eso es complejo este examen, pues no puede caer en alguna de estas categorías, y recordemos que la prohibición de discriminación, es por objeto y por resultado, es decir, sea porque directamente se ha querido discriminar, sea porque, sin quererlo, se ha terminado discriminando por alguna de estas categorías prohibidas.

Adopción internacional

Respecto de la adopción internacional, las indicaciones toman en cuenta los convenios y tratados internacionales sobre la materia, y ponen en el centro el derecho del niño, niña o adolescente a vivir en familia, antes que otros intereses.

Llama la atención la exclusión que realiza el ejecutivo de los organismos colaboradores acreditados en este proceso, dejando todo el proceso en manos del Servicio, es decir, en el

Estado, lo cual parece apropiado, teniendo en cuenta que se trata de una gestión por lo demás delicada, donde las gestiones se deben realizar entre autoridades centrales u organismos autorizados por los respectivos Estados.

También indica el ejecutivo en sus indicaciones, que "la autoridad competente del Estado de recepción que patrocinó al o los adoptantes será responsable del acompañamiento del proceso de adaptación del niño, niña o adolescente y, en su caso, del reconocimiento o legalización de la adopción en el Estado de residencia de el o los adoptantes. Asimismo, deberá remitir al Servicio un informe de seguimiento anual en relación con el adoptado por un plazo de cuatro años, contados desde la dictación de la sentencia definitiva que declara la adopción a la autoridad competente de dicho Estado". Pero, si no lo hace, ¿cómo obligarlo? ¿Qué sucede entonces? Parece que el único resguardo está en las prohibiciones que regula más adelante, que impiden celebrar adopciones internacionales con países que no ofrezcan las garantías necesarias para desarrollar adecuadamente el proceso de adopción, pero ese es un examen "ex-ante". Y los problemas de este tipo siempre vienen después.

Menciones generales a la ley 21.430

En un sentido más formal, las indicaciones presentadas pretenden adecuar el proyecto al nuevo sistema de la ley de garantías y la nueva institucionalidad en materia de infancia, y se coincide con la necesidad de realizar esta modificación al proyecto. Tal como se ha dicho, son numerosas las referencias a la ley 21.430, aunque se extraña un análisis más detallado de los elementos del artículo 7, en relación a los criterios a tener en vista al momento de separar a un niño, niña o adolescente de su familia, o al momento de decretar la adopción.

Remite por supuesto al artículo 27 sobre el Derecho a vivir en familia, que para este autor, "no define qué se entenderá por familia, aunque otorga desde ya una preferencia a la denominada "familia de origen", que se entiende como la familia biológica del niño, niña o adolescente. Le asigna al Estado también la obligación de proteger a la familia, sea cual fuere su composición. De esta forma, se distinguen familias de "origen", es decir, con vínculo biológico, de aquellas que no lo tienen, siendo preferentes las primeras. No interesa la composición de la familia de origen o de otra naturaleza, y debe ser protegida por el Estado"(Henríquez, 2023a, p. 55).

Me parece igualmente relevante en lo procedimental, aplicable a este proyecto de ley, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a una tutela judicial efectiva, del artículo 50 de la ley 21.430, entendida como la "garantía procesal y administrativa de brindar un efectivo reconocimiento y goce de los derechos de las personas, atendiendo siempre a la especial condición que detentan, en tres niveles: acceso, proceso y ejecución efectiva"(Henríquez, 2023b, p. 4).

Derecho a conocer orígenes y contactos post-adoptivos

También se valora la extensión del derecho a conocer los orígenes y la posibilidad de tener contactos post adoptivos de manera voluntaria, respetando así la integridad psicológica y los vínculos socio afectivos que pueda construir el niño, niña o adolescente en el transcurso de su vida, haciendo expresa remisión a los artículos 7 y 26 de la Ley de Garantías, aunque pareciera que ese tipo de información está protegida también por la todavía vigente Ley 19.628(BCN, 1999) sobre protección de la vida privada, a la cual debiera también remitirse.

Respecto de los contactos post-adoptivos, para que proceda se requiere:

- Que el niño, niña o adolescente lo solicite, por sí o por medio de su abogado, o por el programa.

- Que el juez así lo decrete.

- Que la resolución se funde en el interés superior del niño, niña o adolescente.

La ley establece un informe especial para estos efectos. Se establece además la posibilidad de fijar un régimen de relación directa y regular provisorio con las personas que se designe. Una cuestión polémica es que la indicación del Ejecutivo prescribe que sólo el Servicio tiene legitimación activa para pedir estos contactos post-adoptivos. No parece respetuoso del interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a la tutela judicial efectiva, que sólo a través del programa se pueda solicitar este contacto post adoptivo, negándole incluso al aquellos y sus abogados dicha solicitud. Esto, con independencia de solicitar informe al programa y que este pueda ser favorable o contrario.

Agrega la norma que el contacto post adopción puede ser sujeto a condiciones verificables. Finalmente, la sentencia contendrá estas condiciones de los contactos post adoptivos, aunque estos no afectarán los derechos y obligaciones que emanen de la adopción, y serán revisadas periódicamente, por el tribunal, aunque dichas revisiones podrán cesar. Eventualmente, los adoptantes, el niño, niña o adolescente adoptado o las personas con las que mantiene contacto, podrán solicitar el cese de estos contactos al tribunal, el que tendrá que resolver.

Adopción por cesión voluntaria

En cuanto a la adopción por cesión voluntaria, la legitimación activa la tienen los progenitores, aunque la norma debió precisarlo pues no queda claro si se requiere de ambos progenitores o solo uno de ellos, y sólo más adelante se despeja la duda al aclarar que en la citación a la audiencia, se debe citar al progenitor no solicitante. El plazo para hacerlo va desde antes del nacimiento hasta los 18 meses de nacido, con la condición de que no haya medida de protección judicial vigente a su respecto. No precisa que tipo de protección judicial, pero excluye así las medidas de protección administrativas de las OLN.

En la audiencia preliminar, se constata la voluntad de los solicitantes de ceder al niño o niña en adopción. Igualmente el tribunal les informa que pueden retractarse hasta la audiencia de ratificación, entre 30 y 35 días hábiles posteriores a la audiencia preliminar, y si no asisten se presume la ratificación tácita.

Para el caso en que se haya iniciado por un solo progenitor, a la audiencia de ratificación se citará al otro progenitor si lo hubiere, en la que se puede oponer. Si no puede ir, o hubiese fallecido, se citará a sus ascendientes, quienes también se pueden oponer.

En caso de oposición, los antecedentes que se entreguen deberán ser puestos a disposición en la causa proteccional respectiva.

El procedimiento de adopción por cesión voluntaria sólo prospera en caso de ratificación y que no exista oposición, pues en caso contrario, la causa se rechaza y continúa como procedimiento proteccional. Pero si los progenitores no asisten a la audiencia de ratificación, se presume la misma, y se declara la adoptabilidad del niño o niña. Con esto el legislador claramente muestra la tensión entre el principio de subsidiariedad y el derecho del niño, niña o adolescente a vivir en familia, y se decanta por este finalmente, de manera correcta en mi opinión, siguiendo su interés superior.

Adopción por integración

La adopción por integración, opera bajo los siguientes requisitos:

- Que el NNA no haya tenido contacto “personal” con uno de sus progenitores por al menos dos años consecutivos.
- Que esté bajo los cuidados del otro progenitor.
- Que el adoptante sea su cónyuge o conviviente civil, con quien debe haber vivido al menos cinco años continuos, salvo que por interés superior del niño sea conveniente rebajar ese plazo.
- El adoptante debe reunir los requisitos de adoptabilidad, y no haber sido condenado por delitos contra menores de edad o delitos que menoscaben su integridad física, psicológica o sexual.

El procedimiento para la adopción por integración es muy expedito. La acción en este caso se debe presentar conjuntamente por el progenitor que tiene el cuidado, con su conyuge o conviviente civil que desea adoptar. Se citará a los parientes, los que no asistan a la audiencia se presumirá que se allanan a la demanda. Se debe asegurar asistencia letrada para el niño, niña o adolescente y el progenitor no solicitante, así como los parientes que comparezcan.

Para las hipótesis de allanamiento, sin oposición, el procedimiento es expedito, facilita el interés manifiesto del niño, niña o adolescente en orden a reconocer a su adoptante como su padre o madre. En los casos de oposición como era de esperar, se debe citar a juicio para debatir sobre los antecedentes que acompañen las partes. :

Finalmente, la opinión del niño, niña o adolescente, su interés manifiesto, es determinante en este caso. Si se opone a la adopción, la ley faculta al juez o jueza a poner fin al procedimiento.

Conclusiones

El enfoque de las indicaciones, inspiradas en la ley de garantías, ponen en el centro el derecho del niño, niña o adolescente a vivir en familia, procurando agotar todas las posibilidades de inserción en la propia familia de origen, garantizando el rol subsidiario del estado en la intervención profesional y agilizando los procedimientos. Observo en la propuesta un genuino interés en garantizar un procedimiento que sea dirigido al egreso, para evitar la separación del niño, niña o adolescente de su familia, medida que debe ser siempre de última ratio, acelerando y haciendo más eficiente los recursos y acciones judiciales y administrativas para dicho fin. Y en el evento del fracaso de todos los esfuerzos, pasar rápidamente a la adopción porque ese niño, niña o adolescente no puede esperar más tiempo vivir en familia. En esa materia, siempre estamos corriendo contra reloj.

References

- BCN. (1999). *Ley 19.628 - sobre proteccion de la vida privada*. Retrieved July 17, 2024, from <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=141599>
- BCN. (2012). *Ley 21.609 - establece medidas contra la discriminación*. Retrieved July 17, 2024, from <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1042092%5C&idVersion=Diferido>

- BCN. (2021). *Ley 21.302 - crea el servicio nacional de protección especializada a la niñez y adolescencia y modifica normas legales que indica*. Retrieved July 17, 2024, from <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1154203>
- BCN. (2022). *Ley 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia*. Retrieved July 17, 2024, from <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1173643>
- BCN. (2024). *Decreto 3 - aprueba reglamento que determina los procedimientos detallados que las oficinas locales de la niñez, deberán seguir para el cumplimiento de sus funciones, en particular, el procedimiento para la apertura de procesos de protección administrativa y para la adopción de medidas de protección, entre otros, según lo previsto en la letra g), del artículo 66, de la ley n° 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia*. Retrieved July 17, 2024, from <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=1203784>
- del Congreso Nacional, B. (2004). *Ley 19.968 - crea los tribunales de familia*. Retrieved July 17, 2024, from <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=229557>
- de Protección Especializada, S. N. (2023a). *Oferta programática*. Retrieved July 17, 2024, from <https://www.servicioproteccion.gob.cl/oferta-programatica.html>
- de Protección Especializada, S. N. (2023b). *Orientación técnica programa de diagnóstico clínico especializado*. Retrieved July 17, 2024, from https://www.servicioproteccion.gob.cl/601/articles-1084%5C_archivo%5C_01.pdf
- Estrada, F. (2022). La internación proteccional de niños en el derecho internacional de los derechos humanos. *Revista de Derecho (Concepción)*, 90(251).
- Estrada, F., & Morales, C. (2020). Con los derechos del niño realmente en el centro: Propositiones para la reforma a la ley de adopción. *Revista Anales de Legislación Argentina*, 80(7).
- Henríquez, S. (2023a). *Ley de garantías y protección integral de derechos de la niñez adolescencia en Chile: Análisis crítico de la ley n° 21.430*. DER.
- Henríquez, S. (2023b). Tutela judicial efectiva en sede de protección administrativa: Ponencia para el vi congreso nacional de juezas y jueces de familia.
- Illanes, A. (2019). *El derecho a vivir en familia y la subsidiaridad de la adopción a la luz del interés superior del niño*. Retrieved July 16, 2024, from <https://www.redalyc.org/journal/6002/600263450002/html/>
- ONU. (1989). *Convención sobre los derechos del niño*. Retrieved July 17, 2024, from <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>
- Suprema, C. (2024). *Informe nacional de visitas a los centros residenciales del servicio nacional de protección especializada a la niñez y adolescencia / privados / genchi/ otros*. Retrieved July 17, 2024, from <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/109788>
- UNICEF. (2022). *Guía para la evaluación y determinación del interés superior*. Retrieved July 17, 2024, from <https://www.unicef.org/chile/media/7896/file/guia%5C%20interes%5C%20superior.pdf>