

El Derecho a vivir en familia y la subsidiaridad de la adopción a la luz del interés superior del niño

The right to live in a family and the subsidiarity of adoption in the light of the best interests of the child

Mg. Alejandra Illanes Valdés

Profesora de Derecho Civil y de Derecho de la Infancia en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Artículo Original (Investigación)

RFJ, No. 6, 2019, pp. 37-69, ISSN 2588-0837

RESUMEN: los índices de adopción en Chile, en relación al número de niños ubicados en sistemas de cuidados alternativos, resulta considerablemente bajo. Si bien existen una multiplicidad de factores que motivan la situación anterior, uno que estimamos de particular relevancia, se vincula a una errada interpretación del principio de subsidiaridad de la adopción; en función de la cual, se privilegia el derecho de los padres, por sobre el derecho de los niños a vivir y criarse en el seno de una familia, lo que estimamos contraviene su interés superior. El objetivo del presente artículo es analizar el derecho del niño a vivir en familia y el principio de subsidiaridad de la adopción, a la luz del interés superior del niño.

PALABRAS CLAVE: subsidiaridad de la adopción, derechos del niño, interés superior del niño, familia, padres.

ABSTRACT: adoption rates in Chile, in relation to the number of children placed in alternative care systems, are considerably low. Although there are a multiplicity of factors that motivate the previous situation, one that we consider of particular relevance, is linked to a mistaken interpretation of the principle of subsidiarity of adoption; according to which, the right of the parents is privileged, over the right of the children to live and be raised in the bosom of a family, which we consider to be in contravention of their superior interest. The objective of this article is to analyze the child's right to live in a family and the principle of subsidiarity of adoption, in the light of the best interests of the child.

KEY WORDS: subsidiarity of adoption, rights of the child, best interests of the child, family, parents.

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la cifras contenidas en el Anuario Estadístico del Servicio Nacional de Menores de Chile (SENAME), en el año 2017, de los 18.448 niños ubicados en sistema de cuidados alternativos, esto es, sin cuidados parentales y bajo el cuidado del Estado, sólo 428 fueron adoptados.

La referida cifra, considerando las altas tasas de retención del sistema proteccional, es, a juicio de los expertos, preocupantemente baja, pues implica que para muchos niños las medidas de cuidados alternativos, teóricamente excepcionales y temporales, al fracasar los intentos de reunificación familiar, terminan transformándose en una forma de vida: una vida sin familia.

Si bien el fenómeno anotado puede obedecer a un sin número de causas, a la luz de los estudios y de la jurisprudencia más reciente, los bajos índices que registra la adopción, se vincula a lo que, estimamos, representa una lectura y aplicación errada del principio de subsidiaridad de la adopción, conforme al cual, el derecho preferente del niño a vivir y ser cuidado por sus padres, pasa a transformarse en un obstáculo del derecho fundamental que le asiste a vivir en una familia.

En efecto, tal como lo pone de manifiesto la CDN, el niño tiene derecho a la familia, derecho que, como integrante de su interés superior, prevalece respecto del que pudieren invocar sus padres a cuidarlo; de ahí entonces que, los Estados deben garantizar, para el caso que no fuere posible satisfacer el derecho en cuestión en el seno de la familia de origen, otorgar otra solución permanente, como es en nuestro medio, la adopción.

El problema es que, con los tiempos, los medios y los criterios utilizados a la hora de restituir el referido derecho, según veremos, seguimos fallando a miles de niños que, en un gran número, pierden su infancia esperando una familia.

El objetivo del artículo es reflexionar respecto del alcance que debemos dar al principio de subsidiaridad de la adopción, habida consideración

del rol que está llamado a cumplir esta institución, como instrumento de restitución del derecho del niño a vivir en familia.

Para los efectos de realizar la reflexión anotada, nos referiremos en primer término al derecho a vivir en familia, para luego dar paso al análisis del principio de subsidiaridad; observando a estos respectos la existencia de ciertos nudos críticos que debemos superar, en vista del interés superior del niño.

1. LA FAMILIA COMO DERECHO

1.1. La familia como derecho del niño

La trascendencia jurídica que los ordenamientos le otorgan a la familia se constata desde el momento que la elevan a la categoría de derecho. No se trata de que la familia sea algo simplemente bueno, deseable o conveniente para las personas, se trata de un derecho humano¹.

A pesar de que no pueda atribuirse a la Convención Sobre los Derechos del Niño² (en adelante, CDN) la caracterización anotada, se trata de un instrumento que pone de manifiesto que es un derecho del niño; que el niño tiene derecho a vivir en familia, tal como indica el preámbulo de la Convención, “*para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad*”, pues se estima que ella es el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños.

Se trata de un derecho que, aunque formalmente no tiene reconocida una mayor jerarquía o rango respecto de los demás, es posible estimar que lo tiene, en tanto otorga un entorno de protección para la vigencia de los demás derechos. En efecto, en la medida que el niño

-
- 1 El derecho internacional de los derechos humanos pone de relevancia el rol de la familia. En este sentido la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 17.1 establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. El artículo VI de la Declaración Americana señala a su turno que, “Toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.
 - 2 Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

tenga un nivel de vida adecuado, existen mayores garantías de que esos otros derechos también se respeten.

Tal como nos recuerda la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *“El derecho a la familia se relaciona estrechamente con la efectiva vigencia de todos los derechos del niño debido al lugar que ocupa la familia en la vida del niño y su rol de protección, cuidado y crianza”* (CIDH, 2013).

2. EL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA

El derecho a vivir en familia, al igual que tantos otros derechos humanos, tiene o presenta un contenido complejo, pues si bien se vincula primeramente al derecho del niño a vivir y ser cuidado por los padres, aquél puede derivar en obligaciones para el Estado, precisamente ante la ausencia de ese elemento primario; obligación que comienza con el apoyo a la familia de origen, con el objeto de que pueda cumplir su rol, puede continuar con la necesidad de hacerse cargo del niño que ha debido ser separado de sus padres y terminará decantando, en el supuesto anotado, en una obligación de restituir el derecho del niño a vivir en familia.

- a) Derecho a vivir y ser cuidado por los padres. – Tanto desde la perspectiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos como desde nuestro propio derecho interno, el derecho a vivir en familia se vincula en primer término con el derecho del niño a vivir y ser cuidado por los 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”*.

El artículo 18 agrega en su inciso primero que:

Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño, Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

En el plano interno, el Código Civil en sus artículos 224 y 225 radica el cuidado de los hijos en sus padres, poniendo de manifiesto en el artículo 226 que éste sólo pasará a terceros ante la inhabilidad física o moral de ambos; evidenciando con ello que, por amplia que pueda ser la noción de familia, deberá observarse cierta jerarquía a la hora de buscar la satisfacción adecuada de este derecho.

La jerarquía o el privilegio que tienen los padres en este ámbito, en lo que respecta al cuidado de sus hijos, surge, como expresa Nicolás Espejo: “como corolario fundamental de un supuesto esencial de una sociedad liberal: la sociedad confía en que ciertos sujetos (los padres) están mejor situados y cumplirán debidamente con las funciones de cuidado, guía y orientación de sus hijos”; postulando que, a su turno, aparece fundado en la denominada “Regla de Optimismo” o la presunción de que los padres tratan a sus hijos de manera adecuada.

Basados en la confianza o presunción anotada, es que los Estados deben, en principio, abstenerse de interferir en las relaciones paterno filiales³.

En este sentido, el artículo 5 de la CDN dispone que:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”⁴.

-
- 3 La afirmación anotada encuentra su fundamento en el principio de intervención mínima del Estado, principio conforme al cual, el Estado no puede intervenir a través de sus órganos en la familia contra la voluntad de la propia familia, sino en casos urgentes y graves.

Precisando aún más la posición del Estado en este ámbito, los profesores Ruperto Pinochet e Isaac Ravetllat, sostienen que: “La actuación protectora de los poderes públicos- sea por vía administrativa o judicial- se guía por el principio de subsidiaridad progresiva, esto es el alcance e intensidad de la intervención del Estado vendrá condicionada por el grado de desatención o desprotección que sufra la persona menor de edad en el seno de su familia”.

- 4 En el mismo sentido, pero referido específicamente al derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión el artículo 14.2 de la CDN dispone que,

Pero la posición de “privilegio” que tienen los padres respecto de sus hijos, susceptible de ser invocada no sólo frente al Estado, sino que, frente a cualquier tercero, cede ante la inhabilidad, incapacidad o negligencia de aquellos en el ejercicio de su funciones parentales, al punto que el mismo Estado, que en principio debía abstenerse, está llamado a intervenir en la posición de garante del interés superior del niño que la misma CDN le atribuye⁵.

La posición del Estado recién anotada, que conlleva originalmente un deber de abstención, pero que puede devenir en un deber de actuación en las hipótesis antes mencionadas, ha sido reconocido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), la cual a estos respectos ha sostenido:

Así puede notarse que, de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, las cuales integran el corpus iuris de los derechos de la niñez, se desprende que el Estado no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares de la niña o del niño, sino también que, según las circunstancias, debe adoptar providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos. Esto exige que el Estado, como responsable del bien común, resguarde el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y preste asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familia (CIDH, 2013).

La explicación ante la situación descrita es simple: La obligación de satisfacer el interés superior del niño (en adelante, ISN), tal como lo pone de manifiesto la CDN en su artículo tercero, obliga a todos, primeramente, a los padres, pero subsidiariamente al Estado, por lo que

“Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

- 5 Se sostiene sobre el particular, que la postmodernidad jurídica revela existencia de dos procesos típicos que marchan paralelos y que son aparentemente contradictorios: “Ellos son, por una parte, el fenómeno caracterizado por la tendencia a la privacidad de los asuntos familiares; que, en resumidas cuentas, es el ocaso del autoritarismo y la elevación a primer plano del pluralismo y el libre juego de la autonomía personal. Sin embargo, por otra parte, se verifica otro proceso; cual es el de mayor control de los poderes públicos en el área selectiva de la defensa y protección de los niños”.

resulta jurídicamente exigible que, frente al incumplimiento de los primeros, se actualice la obligación del aparato estatal.

Tal como se sostiene, resulta “inadmisibles que se declaren líricamente los derechos de los niños sin tomar los recaudos que el caso exija para asegurar su efectividad, habida en cuenta que el Estado es el *garante* para que ellos tengan un real cumplimiento” (Mizrahl, 2015, p. 252). De ahí entonces que resulte necesario que, “ante el respeto de las atribuciones de los padres de marcar lineamientos por los cuales transitarán la educación y formación de los hijos, se impone también la imperiosa necesidad de que no se vulneren los derechos y garantías de los que éstos son titulares”.

b) Derecho a que el Estado apoye el cuidado de los padres y otros familiares. – Uno de los aportes efectuados por la CDN al estatuto jurídico de la infancia ha sido la revalorización de la familia como entorno natural y de protección de sus niños; lo que marca un punto de quiebre importante respecto a la posición otorgada a ésta en las legislaciones anteriores al citado Tratado.

La consideración anterior amplía las obligaciones que deben asumir los Estados ante vulneración o riesgo de vulneración de derechos de los niños bajo el cuidado de sus padres, pues, en este contexto, la primera obligación que les corresponde asumir es apoyar a la familia en el cumplimiento de su rol.

Dispone a estos respectos el artículo 18.2 de la CDN:

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.

El artículo 19 agrega:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo custodia de los padres, de un re-

presentante legal o a cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

En este sentido apunta la doctrina más difundida al señalar:

Si lo más recomendable para el desarrollo de un niño es vivir integrado en una familia, y jurídicamente está reconocida la prioridad para cuidar del hijo de quienes le dieron la vida, el cuidado fuera de la familia debe ser subsidiario, de forma que, antes de decidir la separación de los niños de sus padres, es necesario asegurarse de que ninguna ayuda (económica, social, moral) o terapia (psicológica, médica) puede permitir a la madre, al padre o a la familia extensa volver a, o seguir haciéndose cargo del niño, y responder adecuadamente a sus necesidades materiales, psicológicas y afectiva.

El predicamento anterior es recogido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual entiende que es prioritario:

Fortalecer las capacidades de las familias de cuidar y criar a sus hijos a través de la elaboración de programas y de la prestación de servicios adecuados, principalmente en el marco de los Sistemas Nacionales de promoción y Protección de los Derechos del Niño, con particular atención en aquellas familias que se encuentren en especial condición de vulnerabilidad en el goce de sus derechos (CIDH, 2013).

Así lo ha reconocido también la Corte IDH, señalando que:

El derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino que también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar (CIDH, 2013).

Similar reconocimiento encontramos, en el plano interno, en la Política Nacional de Infancia 2015-2025, a propósito de lo que se denomina *Enfoque Curso de Vida*, en el cual destaca el rol primordial que le corres-

ponde a la familia en su rol de crianza y generación de las condiciones de vida necesarias para el desarrollo de cada niño, niña o adolescente y del grupo familiar; a propósito de lo cual entiende que “existe una interpelación a la sociedad y el Estado en cuanto a establecer acciones de apoyo a la familia”(Política Nacional de Infancias, 2016, p. 59).

En línea de principios, señala el texto antes citado que:

La protección del derecho del niño, niña o adolescente a la convivencia familiar no puede limitarse a evitar la separación con la familia, sino que debe constituirse en una línea estratégica de apoyo a las familias para ejercer su rol de protección que conlleve mecanismos administrativos para que resguarden y promuevan la calidad de vida familiar.

Las consideraciones anteriores, se plasman en la fijación, como área estratégica: del apoyo de la familia por medio de distintas medidas destinadas a “reconocer, valorar y resguardar dicho espacio”, muy especialmente para el caso de aquellas que presentan dificultades para ejercer su rol de cuidado y crianza (Política Nacional de Infancias, 2016, p. 83).

- c) Derecho a no ser separado de su familia, salvo que su permanencia en ella sea contraria a su interés superior. – Consecuente con la preferencia otorgada a la familia, en especial a los padres, en el cuidado y crianza del niño, el artículo 9 de la CDN establece que:

Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Sobre este particular se sostiene que:

El criterio primario por el cual los niños deben permanecer con sus padres y ser cuidados por ellos, pierde vigencia y aplicabilidad en los casos en lo que su interés aconseje lo contrario, es decir, los supuestos en los que el niño no esté siendo atendido por su familia, y las ayudas posibles no sean suficientes para que ésta pueda satisfacer adecuadamente las necesidades del menor en un plazo razonable. Y es que el cuidado parental pierde su sentido si la familia “cuidadora” no es capaz de proporcionar al niño aquello que éste necesita para crecer y desarrollarse⁶.

El predicamento contenido en la CDN, esto es, que la separación de los niños con sus padres es una situación excepcional, se encuentra reconocida a su turno en el derecho chileno, en materia de protección especial, tanto en la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, como en la Ley de Menores.

En efecto, la Ley 19.968 en el contexto del procedimiento especial de medidas de protección establece una suerte de principio orientador en el artículo 74, disponiendo que la medida de separación del niño, niña o adolescente de sus padres sólo procederá:

Cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar los derechos del niño, niña o adolescente y siempre que no exista otra más adecuada, se podrá adoptar una medida que implique separarlo de uno o de ambos padres o de las personas que lo tengan bajo su cuidado. En este caso, el juez preferirá a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza y, sólo en

6 Gómez Bengoechea, B. y Berastegui Pedro-Viejo, A. (2009, p. 186) agregan: “La propia Declaración de Derechos del Niño de Naciones Unidas, después de reconocer que los niños necesitan amor y comprensión para el pleno desarrollo de su personalidad, antepone su crecimiento en un ambiente de afecto y seguridad moral y material a la permanencia bajo el cuidado de sus padres. Así, el artículo 6 de la Declaración dice textualmente que: ‘El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material’. Agregan, La prioridad de la satisfacción de las necesidades del niño sobre el cuidado parental parece claramente deducible de la expresión ‘en todo caso’, que nos lleva a pensar que los niños vivirán con su familia siempre que sea posible, pero que, vivan con su familia o no, deben tener siempre garantizado, por encima de todo lo demás, el crecimiento en ámbito afectuoso y seguro”.

defecto de los anteriores, lo confiará a un establecimiento de protección. La resolución que disponga la medida deberá ser fundada.

El artículo 30 de la Ley de Menores, ya en lo relativo a las medidas que pueden adoptarse en sede proteccional en favor de los niños gravemente vulnerados en sus derechos, dispone a propósito de la separación de un niño de sus padres que, sólo procederá en aquellos casos en que, para cautelar la integridad física o síquica del menor de edad, resulte indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tienen bajo su cuidado. Agregando que, esta medida tendrá un carácter esencialmente temporal, no se decretará por un plazo superior a un año, y deberá ser revisada por el tribunal cada seis meses.

En la hipótesis en comento, esto es, cuando ha existido una grave vulneración de los derechos de un niño, niña o adolescente (NNA) y es necesario separarlos del cuidado de sus padres, la CDN pone de cargo de los Estados el deber de protección y asistencia especial. Así lo establece la CDN en su artículo 20: *“Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especial del Estado”*.

- d) Derecho a tener cuidados alternativos, en lo posible de tipo familiar.
- Si bien en el artículo 20 la CDN antes citado establece la obligación genérica de los Estados de otorgar protección y asistencia especial a los niños en el contexto de vulneración descrito, no precisa las condiciones bajo las cuales ha de verificarse la separación de un niño de sus padres, ni las modalidades de cuidado que habrán de aplicarse.

En el contexto anotado es que cobran protagonismo las Directrices sobre Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, aprobadas en virtud de Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 64/142, de 24 de febrero de 2010, cuyo objeto, tal como se indica en su texto, es: *“promover la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales relativas a la protección y bienestar de los niños privados de cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación”*.

El citado instrumento reafirma la idea de que las medidas especiales de protección que impliquen la separación del niño de su familia son medidas de carácter excepcional, una vez agotadas todas las posibilidades de apoyo a la familia, y siempre que constituyan un modo obje-

tivo y razonado la mejor opción para el interés superior del niño y la protección de sus derechos⁷.

Agrega la consideración que, mediante el acogimiento alternativo se busca garantizar la protección y la seguridad del niño de modo temporal; todo esto, para el cumplimiento de un objetivo final consistente en superar las circunstancias que dieron lugar a la separación, y promover la reintegración del niño a su familia y, siempre que no fuere posible, encontrar otra solución permanente para el niño.

Finalmente, postula que las modalidades alternativas deben adoptarse además por el menor tiempo posible; esto, porque la medida de separación es en sí misma una vulneración de un derecho que reclama su pronta restitución, a fin de evitar daños que podrían ser irreversibles e irreparables⁸.

7 Sobre este particular agrega la Directriz N° 14: *“La pobreza económica o material, o las condiciones imputables exclusivamente a esa pobreza, no deberían nunca constituir la única justificación para separar un niño del cuidado de sus padres, para recibir a un niño en acogimiento alternativo o para impedir su reintegración en el medio familiar, sino que deberían considerarse como indicio de la necesidad de proporcionar a la familia el apoyo apropiado”*. A pesar de lo anterior, no podemos dejar de considerar lo que la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en el sentido que: *“En lo relativo a las causas que usualmente dan lugar a la separación de los niños de las familias, la Comisión ha identificado que entre las mismas se encuentran: la pobreza o las limitaciones materiales de las familias pertenecientes a sectores sociales excluidos; la violencia en el hogar; la renuncia a la guarda y el abandono.”* La Comisión ha constatado que en la práctica la pobreza sigue siendo el gran telón de fondo de las situaciones en que se separa a un niño de su familia y se lo ingresa a una institución residencial de acogida”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cit. (n. 3), p. 2.

8 En efecto, tal como se pone de manifiesto en el plan intersectorial para la transición desde el acogimiento residencial hacia un sistema de protección especializado de base familiar y comunitaria, *“La solución legal implicada en la medida de protección y posterior internación del niño o niña, frente al problema del maltrato grave y/o negligencia, trae aparejada una problemática fundamental para la experiencia psíquica de cualquier niño o niña: la ruptura, ejercida a través de un tercero, de los primeros vínculos con los adultos que lo tenían bajo su cuidado. Desde esta perspectiva, un niño que ingresa a una residencia de protección queda expuesto a la pérdida de sus vínculos tempranos como efecto de la medida de protección* (Jones, 2004; Mulheir, 2012; Morales, 2014),

Lo dicho anteriormente, se plasma en la directriz N°13, la cual consigna precisamente las características antes destacadas: *“La separación del niño de su propia familia debería considerarse como medida de último recurso y, en lo posible, ser temporal y por el menor tiempo posible”*.

Dejamos sentadas entonces las características de la medida de separación: excepcionalidad y temporalidad.

Fijado lo anterior, lo que corresponde será determinar el sistema de acogimiento alternativo que se aplicará en cada caso; lo que implica buscar la opción más idónea conforme las circunstancias lo exijan⁹.

9 La Directriz N°56 pone de manifiesto la necesidad de que la modalidad de cuidado que se adopte debe establecerse en función del ISN, lo que implica descartar la aplicación de soluciones estándar que no se hagan cargo de las particularidades del sujeto al cual se va a aplicar la medida de protección. En este sentido dispone: *“La toma de decisiones sobre un acogimiento alternativo que responda al interés superior del niño debería formar parte de un procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo adecuado y reconocido, con garantías jurídicas, incluida, cuando corresponda, la asistencia letrada del niño en cualquier proceso judicial. Debería basarse en una evaluación, planificación y revisión rigurosas, por medio de estructuras y mecanismos establecidos, y realizarse caso por caso, por profesionales debidamente calificados en un equipo multidisciplinario siempre que sea posible. Debería suponer la plena consulta del niño en todas las fases del proceso, de forma adecuada a su desarrollo evolutivo, y de sus padres o tutores legales. A estos efectos, se debería proporcionar a todos los interesados la información necesaria para basar su opinión. Los Estados deberían poner el máximo de empeño en proporcionar recursos y cauces adecuados para la formación y el reconocimiento de los profesionales encargados de determinar a mejor modalidad de acogimiento, a fin de facilitar el cumplimiento de estas disposiciones”*.

En este mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe 54/13 relativo al derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo, ha sostenido: De acuerdo a las exigencias que se derivan del artículo 11.2 de la Convención y V de la Declaración, debe ser posible verificar en todo momento la idoneidad y legitimidad de las medidas especiales de protección que impliquen la separación del niño de sus progenitores y de su familia biológica. Tanto la decisión sobre la aplicación de una medida de esta naturaleza, como la revisión de la misma, deberán satisfacer los requisitos de legitimidad e idoneidad y, por tanto, estar fundadas en criterios objetivos previamente establecidos por la norma, realizarse por personal técnico especializado y capacitado para conducir este tipo de evaluaciones, y quedar sujeta a la revisión de la autoridad judicial (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, p. 28).

En lo tocante a la modalidad concreta de cuidado alternativo, la Directriz N°52 dispone que:

Para atender a las necesidades específicas psicoemocionales, sociales y de otro tipo de cada niño carente del cuidado parental, los Estados deberían adoptar todas las medidas necesarias para establecer las condiciones legales, políticas y financieras que permitan ofrecer opciones de acogimiento alternativo adecuadas, dando prioridad a las soluciones basadas en la familia y en la comunidad.

En los términos de las Directrices en comento, cuando a reserva de una decisión judicial se ha dispuesto la separación de un niño de su familia, en especial de sus padres, el deber del Estado de resguardar su derecho a vivir en familia se traduce en éste estadio (etapa) en adoptar medidas especiales de protección que impliquen en lo posible la ubicación temporal, en contextos familiares alternativos, y en primer término dentro de su propia familia ampliada.

En efecto, se estima que el mantenimiento y guarda del niño dentro de su propia familia ampliada es particularmente respetuoso de su derecho a vivir en familia y de la identidad del niño, al mismo tiempo que facilita el restablecimiento futuro del niño a la vida familiar con sus progenitores, que es uno de los fines principales de las medidas de protección.

Pero como la posibilidad de permanecer bajo el cuidado de la familia extensa pudiere no ser posible, los Estados debe regular otras medidas especiales de protección, con carácter temporal.

Conforme se plantea en las Directrices, la siguiente medida que convendría aplicar sería el acogimiento temporal en una familia externa; lo que implica: “la convivencia del niño con una familia distinta a su familia de origen, con la que no se establecen vínculos jurídicos, pero que asume la obligación de cuidarlo como si de un hijo se tratara. De modo que, sin romper los lazos jurídicos, y en muchas ocasiones algunos de los lazos sociales que les unen a sus progenitores, el menor convive con unos padres acogedores por un período de tiempo más o menos largo dependiendo de los casos” (Gómez Bengoechea y Berastegui, p. 188). En el contexto de las Directrices, el acogimiento residencial aparece como última alternativa.

En efecto, la Directriz N° 20 establece que: *“El recurso al acogimiento residencial debería limitarse a los casos en que ese entorno fuera*

específicamente apropiado, necesario y constructivo para el niño interesado y redundase en favor de su interés superior”.

Agrega la Directriz N° 21:

De conformidad con la opinión predominante de los expertos, el acogimiento alternativo de los niños de corta edad, especialmente los de menos de 3 años, debería ejercerse en un ámbito familiar. Pueden admitirse excepciones a este principio para evitar la separación de los hermanos y en los casos en que el acogimiento tenga carácter de urgencia o sea por un tiempo prefijado y muy limitado, al finalizar el cual esté prevista la reintegración en la familia u otra solución apropiada de acogimiento a largo plazo¹⁰.

La postura anotada, se fundamenta en la evidencia científica que señala que “Los primeros años de vida son cruciales para todo ser humano; en esta etapa se definen en gran medida las bases de su desarrollo posterior cognitivo, social y afectivo. También indica que institucionalizar a los niños y niñas y privarlos de su medio familiar en etapas tempranas de su desarrollo las deja con secuelas tanto físicas como de salud mental: presentan mayor retraso en su capacidad de interacción social, deficiencias en su crecimiento físico y cerebral, problemas cognitivos y de comportamiento, retraso en el desarrollo del lenguaje y de la comunicación, entre otras¹¹. (Consejo Nacional de la Infancia, p. 9).

10 Los criterios fijados por la citada Directriz se encuentran presente en la política nacional de la niñez y adolescencia 2015-2025, que en su texto a establecido dentro de las áreas estratégicas, “avanzar en la provisión de cuidados bajo condiciones de vida familiar para niñas, niños y adolescentes que, por situaciones de graves vulneraciones de derechos, deben ser separados de su familia de origen”.

11 En este sentido se afirma: “La Teoría del Apego, desarrollada prolíficamente a partir de este estudio (ver Shaver y Cassidy, 1999), destaca que, para su adecuado desarrollo, los niños tienen una necesidad básica, biológicamente determinada, y especialmente activa durante los tres primeros años del vida, de mantener una relación estable con adulto que les proporcione contacto, seguridad y afecto; necesidad que es relativamente independiente y se encuentra al nivel de las necesidades de subsistencia, por lo que el cuidado afectivo estable tiene una gran importancia en el desarrollo infantil”. Agrega: “Esta perspectiva supuso una verdadera revolución en el mundo de la psicología, que hasta el momento había considerado el vínculo entre padres e hijos como secundario y dependiente de la satisfacción de necesidades elementales. En el mundo de la protección de menores, esta teoría sienta las bases para considerar que todo niño tiene derecho a una familia, por lo que no debería separarse de ella y, en

- e) Derecho a que se restablezca el derecho a vivir en familia. – Las modalidades alternativas de cuidado personal de los hijos adoptadas en sede proteccional, sea que consistan en la ubicación temporal del niño dentro de su propia familia ampliada, dentro de una familia de acogida externa o en un centro residencial, tal como hemos venido destacando, son: excepcionales, esencialmente temporales y deberían durar el menor tiempo.

Las características anotadas se justifican en gran medida porque ellas no constituyen un fin en sí mismo, sino que un mero instrumento destinado a restituir un derecho que ha sido vulnerado: el derecho del niño a vivir en familia.

La consideración anterior es clave tanto para entender y dimensionar el rol que ellas están destinadas a jugar, como para medir el período de tiempo por el cual han de ser aplicadas.

En lo que respecta al rol, se destaca que: “las orientaciones internacionales en materia de desinternación y cuidados alternativos son enfáticas en señalar que se debe trabajar activamente con la familia de origen como primera prioridad en los procesos de reintegración familiar. Lo anterior es importante dado el reconocimiento que tienen la unidad familiar en el marco de la Convención (CDN) y los perjudiciales efectos, que tiene la separación del niño de su medio familiar en las esferas del desarrollo y la identidad” (Consejo Nacional de la Infancia, p. 24).

En efecto, la medida de separación se justifica en la medida que otorgue un espacio para superar las condiciones que dieron lugar a ella; lo que necesariamente exigirá un trabajo con la familia del niño, a cuyo resultado deberá subordinarse la posibilidad de reunificación; pues si la medida se ha adoptado en consideración al ISN, a éste deberá sujetarse también revocación.

el caso de que la separación sea necesaria, debería tener acceso a un cuidado alternativo de tipo familiar. A pesar de que los teóricos del apego no hacen referencia a la familia como institución, ni a una estructura familiar en concreto, se considera que esta necesidad de cuidado afectivo por parte de un adulto estable y permanente sólo se proporciona en entornos familiares o que reproduzcan estas condiciones de “familiaridad”, frente al tipo de institucionalización vigente hasta el momento”. Gomez Bengoechea, B. y Berastegui Pedro-Viejo, A., cit. (n. 11), pp. 178-179.

Sobre este particular se sostiene que:

Habrá que valorar periódicamente las posibilidades de retorno del menor, teniendo como criterio fundamental para ello no únicamente la disposición o capacidad de la familia de origen para satisfacer las necesidades del niño, sino, sobre todo, el interés del propio menor (Gómez Bengoechea y Berastegui, p. 188).

Sentado lo anterior, y para el caso que se establezca la imposibilidad de retorno con su familia, lo que corresponderá será adoptar medidas de carácter definitivas, encaminadas a restituir el derecho del niño a vivir en un medio familiar.

Se trata de medidas que, en lo teórico, deberían transitar entre la colocación del niño bajo el cuidado permanente en un tercero hasta derivar en su adopción, pero que, en la realidad, en un importante número de casos, derivan en internaciones residenciales de por vida; situación que, al margen de evidenciar el fracaso de la medida adoptada, terminan perpetuando la situación de vulneración que afectaba a un niño, que perdió su infancia esperando la restitución de sus derechos¹².

En efecto, el problema que se observa en este estadio es que la protección del derecho del niño a vivir en su familia, particularmente a vivir y ser cuidado por sus padres, se ha llegado a transformar en un obstáculo para la protección del derecho fundamental que le asiste a vivir en una familia; consideración que resulta fundamental al momento de determinar el alcance que debe darse al principio de subsidiaridad de la adopción, a la luz del ISN.

12 Lamentablemente, el problema reseñado no termina ahí, tal como dan cuenta estudios a nivel nacional, No es casual que cerca de la mitad de las personas privadas de libertad y un cuarto de la población en situación de calle haya estado en un hogar de menores durante su infancia o adolescencia.

3. LA SUBSIDIARIDAD DE LA ADOPCIÓN: CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DE SU DERECHO A VIVIR EN FAMILIA

3.1. El principio de subsidiaridad de la adopción. Consagración y alcance

Sin perjuicio del marco normativo que impone la CDN en sus artículos 7, 18, y 20, los cuales fueron analizados en el acápite anterior, el principio de la subsidiaridad de la adopción tiene un reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico chileno en los artículos 1° y 15 inciso segundo de la Ley 19.620.

El artículo 1° establece:

La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde 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.

El artículo 15.2 por su parte dispone que:

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.

En los términos del Departamento de Adopción del Sename:

El Estado de Chile, tiene como primera misión que los niños/as que han sido separados transitoriamente de sus familias, retornen lo antes posible con éstas. Sin embargo, existe un grupo de niños/as que no tienen posibilidades de ser asumidos por su propia familia”.

Agregan a estos respectos:

“La alternativa de la adopción, sólo surge frente a inexistencia de recursos familiares protectores, como una medida efectiva y definitiva de restituir el derecho del niño a familia protectora y bientratante.

Sobre la base de lo dispuesto en las normas citadas es evidente que la adopción no es una modalidad alternativa de filiación, sino que una modalidad subsidiaria; en cuanto sólo puede accederse a ella cuando se determine la imposibilidad de que niño permanezca o retorne a su familia de origen.

Sin embargo, tal como acertadamente expone Marcela Acuña, para definir cómo ha de operar este carácter o naturaleza subsidiaria de la adopción, no basta un criterio puramente formal, en el sentido de entender que, “sólo va a poder materializarse ante la inexistencia jurídica de la familia biológica nuclear o extensa o si, siendo ésta determinada, se encuentra impedida de tener al menor y de proporcionarle las condiciones para su desarrollo, o cuando el grupo familiar rechaza al niño, o los padres no asumen sus funciones y responsabilidades filiales”, porque ello traería como consecuencia que:

Siendo posible disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor en la familia de origen nuclear o extensa no procedería la adopción, por ejemplo, cuando un miembro de la familia se opone a la declaración de susceptibilidad de la adopción.

Agrega la referida autora que:

Un criterio teleológico, exige una valoración y análisis más profundo de la situación del menor desde la perspectiva de lo que aconseja la protección de su interés superior en la búsqueda de la situación que garantice su crecimiento, educación y bienestar.

Criterio que ha sido aplicado por la Corte Suprema, al resolver que:

Si bien en la materia rigen los principios de la subsidiaridad de la adopción y de la prioridad de la familia biológica, consagrados en nuestra legislación, considerando dicha institución como una forma alternativa cuando el niño o niña no cuente con un medio familiar adecuado que lo acoja, lo cierto es que esta última circunstancia ha resultado fehacientemente demostrada, desde que no existe tampoco una familia extensa capaz de asumir la integral satisfacción de los derechos del menor en todos los ámbitos de su vida¹³.

En consecuencia:

13 Corte Suprema, sentencia de 9 de enero de 2013, en autos rol 6948-12.

La inexistencia de la familia biológica no solo está dada por una situación física (el menor no tiene filiación determinada, ha sido abandonado; ningún miembro de su familia biológica se opone a la declaración de susceptibilidad de la adopción, entre otros), sino también en la carencia de un vínculo real y permanente en el tiempo respecto del menor, denotando incapacidad para asumir su cuidado¹⁴.

Así entonces, tal como lo pone de manifiesto el artículo 21 de la CDN¹⁵, el ISN opera como unidad de medida a la hora de definir la aplicación de la adopción como instrumento de restitución subsidiario del derecho del niño a vivir en familia; ISN que, prevalece naturalmente respecto de aquél que pudieran invocar su familia de origen, y que pone en cabeza del juez la enorme responsabilidad de resolver, a un tiempo: que la familia no está en condiciones de satisfacer el citado interés y que la adopción será para el NNA el medio idóneo para ello.

En lo que atañe a la evaluación de la familia de origen, tal como correctamente se ha afirmado, no bastan “afirmaciones dogmáticas, sino que es necesario que respete y reconozca la historia vital del niño, niña y adolescente respecto del cual se decide, su identidad, que analice las situaciones en las cuales han estado inmersos, los efectos que las mismas han producido en ellos y cuáles son los referentes adultos aptos para su adecuado resguardo y contención”. (Sambrizzi, 2017, p. 41).

En lo que refiere a la adopción, el respeto de los derechos fundamentales del adoptado exige determinar que dicho instrumentos tendrá en el caso concreto la aptitud de restituir los derechos que se han vulnerado, y particularmente el derecho a vivir en familia; determinación para la cual tampoco bastan las consideraciones meramente teóricas, pues, según veremos, el perfil de adoptabilidad del NNA, constituye una barrera oculta a los ojos del legislador, pero que la práctica obliga a considerar la posibi-

14 Acuña San Martín, M., cit. (n. 27). En los autos citados, el Máximo Tribunal concluyó que, si bien la abuela materna se había opuesto a la declaración de susceptibilidad de la adopción, los antecedentes del proceso eran suficientes para concluir que: *ella no está capacitada para constituirse en una figura de protección respecto del menor, no contando con las habilidades necesarias para hacerse cargo de su cuidado y contribuir a su desarrollo, incurriendo en situaciones de abandono en su cuidado y crianza.*

15 El artículo 21 de la CDN establece que: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”, fijando a continuación una serie de exigencias destinadas precisamente a la satisfacción de dicho interés.

lidad concreta de un niño de ser adoptado, tanto a la hora de demandar la susceptibilidad de adopción, como al momento de resolverla; pues el riesgo de dejar a un niño sin enlace, es sin duda un escenario muy complejo.

3.2. Algunos nudos críticos

Sostener que la aplicación del principio de subsidiaridad debe hacerse en función del ISN, sigue siendo una afirmación meramente teórica y que resulta insuficiente si queremos que la adopción opere como un instrumento efectivo de restitución del derecho del niño a vivir en familia; de ahí entonces la necesidad de evidenciar la existencia de ciertos nudos críticos que, a nuestro juicio, afectan la respuesta que merecen los niños privados del citado derecho fundamental, y que se vinculan a tres preguntas claves: ¿cuál es tiempo que el Estado tiene razonablemente para restituir el derecho del niño a vivir en familia?, ¿de qué manera han de articularse los medios de que dispone para ello?, y ¿cómo han de resolverse los conflictos de intereses que normalmente han de presentarse en este escenario?.

- a) Tiempo. 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; esto, entre otras razones, porque una internación prolongada suele influir negativamente en la posibilidad de restituir su derecho a vivir en familia, tanto para los efectos de permitir la reintegración a su grupo familiar como, si fuere el caso, para ser incorporado a un programa de adopción.

En lo que respecta a la reunificación familiar, que debe ser el primer objetivo perseguido tras la separación, precisamente en razón de la subsidiaridad de la adopción:

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 institucionalizados¹⁶ (Fernández & Lee, 2013).

16 Estudios realizados en Estados Unidos muestran que durante el primer año la probabilidad de reunificación es de 28%, disminuyendo a 16% el segundo año. El Estudio de Putnam-Hornstein y Shaw (2001), con una muestra de 26.963 niños y niñas,

En lo que refiere a la adopción, el escenario es aún más complejo, porque si bien en teoría la adopción puede operar hasta los 18 años, la edad opera como un factor clave a la hora de definir el perfil de adoptabilidad de un niño¹⁷.

En efecto, tal como lo evidencia el Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015, tras las entrevistas realizadas con funcionarios de la Unidad de Adopción del Sename, *“Los criterios observados para determinar si un niño cuenta con un perfil de adoptabilidad tienen que ver, en primer lugar, con la edad: no pueden tener más de siete años”* (Informe Anual sobre Derechos Humanos, 2015).

Las estadísticas publicadas por el propio Sename no hacen sino comprobar las afirmaciones anteriores. Según sus datos, el promedio de edad de los niños enlazados con matrimonios nacionales fue de 2 años en período 2010-2016. El promedio del mismo período de los niños/as enlazados con matrimonios residentes en el extranjero fue de 6,6 años. Cifras que, además, si se consideran dentro del universo de los niños bajo régimen de cuidado alternativo, son altamente preocupantes, habida consideración que más del 68% de ellos tienen más de 8 años; por lo que, para estos, la adopción no es siquiera una alternativa¹⁸.

El problema en todo caso es complejo y va más allá de imprimir celeridad al proceso de susceptibilidad de adopción; pudiendo iden-

encontró que sólo un 24% se reunificó dentro de los 6 primeros meses. De los niños menores de 1 año, el 15,5% se reunificó en menos de 6 meses, mientras que, en el grupo de 6 a 10 años, el 28,3%.

Haciendo eco de la misma idea, nos encontramos con lo declarado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual ha sostenido a estos respectos, que “para ser adecuadas, las medidas dirigidas a reunir al progenitor y a su hijo deben ser adoptadas rápidamente, porque el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él”.

17 Según información aportada por el Servicio Nacional de Menores por medio de la Ley de Acceso a la Información Pública, que se contiene en el Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile 2015: “La Adoptabilidad del niño/a considera aspectos de tipo jurídico, psicológico, sociales y médicos, que en su conjunto permiten determinar que un niño está en condiciones de integrarse a una familia adoptiva”.

18 El referido porcentaje consta en el artículo publicado en el Diario El Mostrador titulado: “Sename reconoce fracaso en política de adopción de menores vulnerados”, disponible [en línea]: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/08/12/sename-reconoce-fracaso-en-politica-de-adopcion-de-menores-vulnerados/>

tificar algunos factores que inciden negativamente en lo que algunos denominan una cuestión de *timing*.

El primero de ellos, es que, si bien la actual Ley de Adopción establece plazos breves para la tramitación de las susceptibilidades, ellos en la práctica son imposibles de cumplir. Basta para esto considerar que a la audiencia preparatoria debe ser citados los parientes que señala el artículo 14, a quienes no sólo hay que notificar, sino que en la mayoría de los casos ubicar; lo que implica la realización de una serie de gestiones para obtener el domicilio. En este mismo sentido, si bien la ley establece un plazo breve entre la audiencia preparatoria y la audiencia de juicio, dada la exigencia que plantea el art. 15 para el juez, en orden a establecer *“la imposibilidad de disponer otras medidas que permitan la permanencia del mismo en la familia de origen”*, ello obliga a realizar una actividad de despeje, en que lo normal será que se decreten peritajes, que con toda seguridad no podrán ser evacuados dentro de los plazos estrictamente legales.

El segundo aspecto, se vincula con una problemática que desarrollaremos con mayor detención a continuación, y que se refiere al valor relativo que le atribuyen los jueces al trabajo realizado en sede proteccional, que normalmente antecede a las susceptibilidades; cuestión que supone adoptar una decisión respecto del rol que está llamada a cumplir la causa proteccional, especialmente las diligencias y material probatorio reunido en ella, en la causa de susceptibilidad.

Finalmente, y sin que el examen sea exhaustivo, nos parece que otros de los elementos que afectan gravemente la concreción de la adopción dentro de un término razonable, se vincula a los esfuerzos, que muchas veces resultan excesivos, de mantener al niño atado en una familia de origen, en términos tales que la preferencia dada al derecho a vivir en su familia termina frustrando el derecho a vivir en una familia. Así se da cuenta en el informe elaborado por el Poder Judicial y Unicef del año 2012, al señalar que: *“Sin duda uno de los factores que alarga la estancia de los niños en acogimiento residencial es un proyecto de reunificación que se prolonga y acaba derivando en una situación indefinida”*¹⁹ (UNICEF, 2012).

19 Se agrega a estos respectos que: “Aunque algunos casos pueden requerir más tiempo y cabe introducir una flexibilidad necesaria, el criterio de los DOS AÑOS se ha utilizado en muchos países como un poderoso instrumento para evitar prolongación del medio familiar prolongado”, p 35.

En este sentido concordamos con quienes afirman que:

El agotamiento de las posibilidades de permanencia con sus padres de sangre-lo que puede en ciertas situaciones llegar a ser contraproducente-no debe exagerarse hasta un punto tal que demore innecesariamente la institucionalización de los menores y la posterior y, en lo posible, inmediata entrega en guarda a una familia que se ocupe de sus necesidades afectivas y materiales, además de espirituales, todas las cuales son fundamentales en el desarrollo de la persona.

- b) Articulación protección-adopción. Uno de los problemas que el propio Servicio Nacional de Menores identifica en materia de adopción, dice relación con derivaciones tardías de los niños al área de adopción. No se trata solamente que la causa de susceptibilidad de adopción pueda ser lenta y compleja, sino que, además, la instancia proteccional que normalmente la precede, suele prolongarse en demasía.

Se trata de un aspecto clave, pues pone de manifiesto que la aptitud de la adopción, para operar como instrumento efectivo de restitución del derecho del niño a vivir en familia, pasa necesariamente por mejorar el sistema proteccional, con el objeto de evitar que las falencias de éste último puedan llegar a frustrar dicho objetivo.

En efecto, tal como veíamos en la primera parte de este trabajo, la medida de separación de un niño de sus padres no tiene valor en sí misma, sino en cuanto entrega un espacio destinado a evitar y reparar la vulneración de derechos, lo que pasa necesariamente por restituir en definitiva su derecho a vivir en familia. El problema observado en esta fase es que, si bien la ley establece términos acotados para dicha medida, estos son renovables; lo que implica que un niño puede pasar años en el sistema proteccional, bajo un régimen de cuidados alternativos, antes que se adopte la decisión de iniciar una causa de susceptibilidad de adopción, con el riesgo consiguiente que dicha decisión llegue tarde²⁰.

20 Así lo puso de manifiesto el Mensaje N° 206-361, por medio del cual se ingresó en el proyecto de ley de reforma integral al sistema de adopción (Boletín 9119-18), al señalar que: “la actual regulación de los procedimientos previos a la adopción, supone una tramitación que muchas veces se dilata en demasía, perjudicando directamente a las niñas, niños y adolescentes que deben permanecer institucionalizados mientras se resuelve su situación. Así, durante el año 2012, el tiempo promedio de duración de las causas de susceptibilidad fue de 8 meses y 26 día, superando el 20% de las causas, largamente el años”, pero dicho dato debe ser leído en conso-

Pero el problema de articulación no se limita a una cuestión puramente de plazos, a pesar de lo relevante que es este punto, sino que dice relación también con el valor que debiera darse al trabajo y material reunido en sede proteccional; porque no puede ser que la susceptibilidad de adopción suponga en cada caso partir desde cero, al punto de infravalorar o derechamente ignorar el trabajo realizado precedentemente²¹.

En este aspecto concordamos con quienes afirman que: “los tribunales no siempre reconocen el historial realizado por la institución colaboradora del Sename con niño en cuestión, lo que se traduce en realizar muchos exámenes y análisis nuevamente, de manera innecesaria”.

En este contexto vale la pena preguntarse si tiene sentido pedir una calificación diagnóstica con el objeto que evalúe las competencias parentales de los padres, cuando ya fueron evaluados en el contexto proteccional y registran nulo o insuficientes resultados en los programas de intervención, o, si resulta lógico volver a contactar a toda una serie de parientes, cuando existe constancia de un trabajo serio de despeje, que pone en evidencia que no existe red familiar capaz de asumir el cuidado del niño.

Nuevamente la solución no es fácil, porque los defectos anotados no pueden significar en modo alguno que toda protección deba estar destinada a preparar futuras adopciones; pero lo que queda claro es que la eficacia de la adopción esta necesariamente vinculada a la calidad del régimen proteccional, el cual, como bien sabemos, sigue al debe.

nancia con el tiempo promedio de permanencia de los niños durante la tramitación de dichas causas en la Red Sename, lo que da cuenta que “el tiempo promedio de permanencia en la red institucional es de 2 años y 15 días, debido a la dificultad para acreditar las causales de susceptibilidad”, disponible [en línea]: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9535&prmBoletin=9119-18.

- 21 Las conclusiones contenidas en el informe realizado por el Poder Judicial y Unicef en el año 2011, referido a Niños y Niñas Declarados Susceptibles de Adopción Sin Enlace, V Región, ponen de manifiesto que el problema de articulación es también institucional. Se afirma a estos respectos que, “Esta situación de larga institucionalización se explica, entre otras razones, por una tensión entre la coordinación de la Unidad Regional de Adopción con la Unidad Nacional encargada de esta labor y ambas con el Departamento de Protección de Derechos”. UNICEF. PODER JUDICIAL, Documento de Trabajo, Boletín N°1 (2012), p. 35, disponible [en línea]: <http://unicef.cl/web/boletin-numero-1-ninos-y-ninas-declarados-susceptibles-de-adopcion-sin-enlace-v-region/>.

- c) Conflicto de intereses. Sostener que la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del niño, supone entender que respecto de los padres y de los futuros adoptantes, el interés de éstos cede y el del niño prepondera.

El punto radica en que, desde la perspectiva legal, el legislador entiende que por regla general la satisfacción de ese interés se logra en la medida que el niño permanezca con su familia de origen, lo que justifica las prevenciones que efectúa al respecto en la Ley 19.620, tanto en su artículo primero, cuando plantea que la adopción está destinado a amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen, como en el artículo 15, cuando establece la obligación para juez de verificar la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia en su familia de origen.

Se trata de un escenario complejo, en que efectivamente se pone al juez en la disyuntiva de seguir apoyando a la familia de origen o declarar al niño susceptible de ser adoptado.

El punto radica entonces en determinar, ¿cuándo debemos entenderse, en los términos que exige la ley, que es imposible disponer de otras medidas que permitan la permanencia del niño en su familia de origen.

Se trata sin duda de una pregunta con una fuerte carga ideológica, y que redundante en la actualidad en dos aspectos claves del proceso de susceptibilidad de adopción: la aplicación de las causales de adoptabilidad y la oposición de los parientes.

En lo que respecta a la causales que autorizan la declaración de susceptibilidad de adopción, particular complejidad se presenta a la hora de evaluar la inhabilidad de los padres, conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Adopción; en primer término, porque las causales efectivamente pueden considerarse vagas y anacrónicas, pero por sobre todo porque la calificación de ellas debe hacerse conforme a la sana crítica; lo que en la práctica permite, en definitiva, que cada juez, las evalúe conforme a sus propias convicciones acerca de la primacía de la familia biológica y la subsidiaridad de la adopción²².

22 En este sentido son interesantes los comentarios contenidos a estos respectos por el Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile (2015): “Una magistrada reconoce abiertamente ser partidaria de la adopción ya que considera muy difícil y

Lo mismo ocurre con la oposición que pueden deducir los parientes, de conformidad con lo dispuesto en el art.14; pues bajo el tenor de la Ley de Adopción vigente, aquellos pueden oponerse, aunque no tengan ni la voluntad ni la posibilidad cierta de hacerse cargo del NNA.

En esta fase, nuevamente el juez se ve enfrentando a la disyuntiva de seguir intentando la reunificación familiar, que ya no se logró en sede proteccional, o, en optar por la susceptibilidad; cuestión que, según ejemplificaremos, se manejará conforme a sus convicciones. La jurisprudencia nos entrega una nutrida muestra del fenómeno anotado.

Así ocurre con la causa fallada por la Corte Suprema²³, referida a un niño que se encontraba desde el año 2012 en el sistema residencial, por grave vulneración de sus derechos; en que todos los informes periciales daban cuenta de que la madre no había demostrado verdadero interés por el niño, no tenía vínculo ni apego con él, y que el tío que se oponía no tenía vinculación con el niño.

La sentencia de primera instancia explicitó su convicción de que:

Para acceder a las declaración de susceptibilidad, debe estar agotada la posibilidad que la familia de origen del niño pueda proporcionarles los cuidados necesarios, siendo la adopción la última alternativa, de manera que, habiendo familia, en este caso representada por su madre y tío paterno los que están dispuestos a adherir a los programas y derivaciones que el tribunal les instruya para el fortalecimiento de sus habilidades parentales, ésta debe prevalecer, teniendo presente el derecho a la identidad consagrado en la Constitución y en tratados internacionales.

Los jueces de alzada reafirmaron lo anterior, al expresar que:

poco probable que una madre que no tiene a su cuidado a sus hijos mayores pueda hacerse cargo de uno menor. Otra Magistrada discrepa radicalmente de esta postura al considerar que presumir de antemano que porque una madre no ha criado a sus hijos mayores no va a estar preparada para criar a uno menor es un prejuicio, y no se puede partir de esa base. Agrega que las familias que enfrentan juicios de susceptibilidad de adopción son familias vulnerables que vienen con una suerte de “desesperanza aprendida” por haber sido escuchadas, debido precisamente a los prejuicios que existen en su contra”. Centro de Derechos Humanos UDP, cit. (n. 33), pp. 353-354.

23 Corte Suprema, 4 de junio de 2015, causa rol N°29568-2014, CL/JUR/3074/2015.

Esos elementos, que aun cuando pudieran ser considerados apenas un germen de familia, se presentan con aptitud suficiente para procurar que ellos sean fortalecidos y trabajar en su robustecimiento, sin que la aceptación de la madre a estos programas pueda menospreciarse como un deliberado propósito suyo de recurrir a un estado asistencial. Existiendo un grupo familiar y una madre dispuesta a recurrir a programas de recuperación de salud, no se advierte razón alguna para desecharlos con especulaciones sobre su fracaso.

El considerando quinto contiene el argumento central esgrimido por la Corte Suprema para rechazar la casación y mantener la decisión de los tribunales de instancia, al sostener que:

Como puede observarse, los hechos fijados por el tribunal dan cuenta de una situación que no resulta unívoca, desde que si bien la generalidad de los informes evacuados durante el juicio apuntan a establecer una inhabilidad de la madre y familiares del niño; existen otros, que refieren el proceso vivido por la madre, la que se somete voluntariamente a un tratamiento de rehabilitación de su adicción a las drogas, demostrando adherencia al mismo y deseo de cambio, así como la disposición del tío paterno, que cuenta con un entorno familiar estable, a involucrarse con el niño e integrarlo a su familia. Y es precisamente en función de estos últimos que los jueces adquieren convicción en torno a la no concurrencia de las causales de susceptibilidad.

Sin embargo, tal como lo pone de manifiesto el voto de minoría de la Ministro Andrea Muñoz y la Abogada Integrante Leonor Etcheverry, la apreciación de los hechos acreditados era una cuestión más ideológica, que jurídica. En este sentido afirman las disidentes que, a su juicio:

Efectivamente se incurrió en un error de derecho al interpretarse el artículo 12 N°1 y 2 de la Ley de Adopción, ya que los hechos establecidos dan cuenta de la inhabilidad de los padres, sin que la evolución experimentada por la madre en el último tiempo sea suficiente para desvirtuarla. Desde esta perspectiva, a su juicio, los sentenciadores si han contravenido conocimientos científicamente afianzados que constatan la inhabilidad de los padres, porque han privilegiado otros antecedentes sobre una premisa voluntarista, que ve en la familia, por el sólo hecho de existir, una realidad positiva, en circunstancias que se acreditaron hechos concretos de abandono y negligencia que han dañado al niño. En opinión de las disidentes, si hubieran apre-

ciado las normas correctamente, tendrían que haber dado lugar a la susceptibilidad, porque el principio del interés superior del niño, en este caso concreto, indicaba que la familia biológica no está en condiciones de procurarla los cuidados y protección que necesita.

No podemos sino concordar con esta última opinión, pues pone de manifiesto que el principio de la subsidiaridad de la adopción no puede desvincularse del interés superior del niño y de su derecho preferente de vivir en una familia; derecho que estimamos que se vulnera cuando se transforma el proceso de susceptibilidad de adopción en una nueva instancia proteccional: “en que se sigue intentando revincular al niño con una familia de origen que falló en protección y que en muchos casos sólo concurre para evitar la adopción; pero que no ha estado ni está en condiciones de asumir de manera competente el cuidado de los niños” (Illaes, 2017, p. 210).

4. CONCLUSIONES

La trascendencia que los ordenamientos jurídicos le reconocen a la familia se pone de manifiesto desde el momento en que le atribuyen la categoría de derecho. Derecho que, desde la perspectiva de la Convención sobre los Derechos del Niño, le corresponde a éste último: el niño tiene derecho a vivir en familia.

Aunque la CDN no establece una jerarquía formal entre los derechos del niño, es claro que el derecho a vivir en familia ocupa un sitial preferente; habida consideración, que la vida familiar, en la medida que sea adecuada, debiera garantizarle la satisfacción de los demás derechos y, de esta manera, *su interés superior*.

El derecho a vivir en familia presenta un contenido complejo, pues si bien se vincula en primer término al derecho de cada niño de vivir y ser cuidado por sus padres, puede derivar en una serie de derechos frente al aparato estatal, ante la ausencia de ese contenido primario: derecho a que el Estado apoye a la familia en su cuidado; derecho a no ser separado de su familia, salvo que su permanencia en ella sea contraria a *su interés superior*; derecho a tener cuidados alternativos, en lo posible de tipo familiar, y finalmente, derecho a que se restablezca su derecho a vivir en familia.

Tanto desde la perspectiva de los instrumentos internacionales como de nuestro propio derecho interno, el restablecimiento del derecho a vivir en familia debe intentarse en primer término con la familia de origen y, siempre que ello no fuere posible, por medio de otra solución definitiva, como es entre nosotros la adopción.

La adopción no es una modalidad alternativa de filiación, sino que subsidiaria, pues sólo puede recurrirse a ella cuando se ha establecido la imposibilidad de satisfacer el derecho en cuestión en el seno de la propia familia.

El carácter subsidiario de la adopción, sin embargo, está supeditado en todo caso al *interés superior del niño*, tal como se pone de manifiesto en el artículo primero de la Ley 19.620; al punto que, es posible afirmar, que ese *interés* es precisamente el que determina el sentido y alcance que debe darse al principio de subsidiaridad.

La consideración anterior implica que, tal como se expuso en su oportunidad, para aplicación del principio de subsidiaridad no basta un criterio puramente formal, sino que es necesaria la consideración de un criterio teleológico, basado precisamente en el interés superior del niño.

La declaración anterior, se interfiere en la actualidad en virtud de la existencia de ciertos nudos críticos que es necesario superar, a fin de que la adopción constituya un instrumento eficaz en la restitución del derecho del niño a vivir en familia.

Dentro de los referidos nudos críticos hemos apuntado a tres: el tiempo involucrado en el proceso; la compleja articulación de la protección y de la adopción, y el conflicto de intereses que se develan en los juicios de susceptibilidad de adopción.

En lo que refiere al tiempo, dimos cuenta de diversos factores que inciden en la lentitud de los procesos vinculados a una adopción; los cuales, junto con prolongar la estadía de los niños en sistemas de cuidados alternativos, afectan sus posibilidades concretas de ser adoptados.

En lo que refiere a los procesos vinculados a la adopción, observamos la falta de sincronía existente con el sistema proteccional; aspecto que debe superarse, a fin de evitar que las falencias de las instancias proteccionales puedan llegar a frustrar el objetivo final a que debe

apuntar toda medida de separación, cual es, restituir el derecho del niño a vivir en una familia.

Finalmente, hicimos presenta la necesidad de resolver adecuadamente los conflictos de intereses, al punto que el derecho de los padres de cuidar a sus hijos no pueda frustrar el derecho preferente que les asiste a estos últimos a vivir en una familia.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Basset, U. (2017). El derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dossier, 3.

Basset, U. (2018). Una identidad latinoamericana: el derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Revista de Derecho*, 17.

Centro de Derechos Humanos UDP. (2015). *Derechos humanos de la infancia y adolescencia: asegura el Estado a los niños, niñas y adolescentes el derecho a vivir en el seno de una familia*, en *Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile 201*. Mensaje publicado en <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/informe-ddhh-2015>.

Centro de Políticas Públicas UC. (2017). *Derechos humanos de la infancia y adolescencia: asegura el Estado a los niños, niñas y adolescentes el derecho a vivir en el seno de una familia*, en *Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile 201*. Recuperado de <https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2017/10/Paper-N%C2%BA-101-Protecci%C3%B3n-a-la-infancia-vulnerada-en-Chile.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-derecho-nino-a-familia.docx>.

Consejo Nacional de la Infancia. (2018). *Estrategia de intervención: garantizar el derecho a vivir en familia a niños y niñas entre 0 y 3 años que permanecen en residencias de protección*. Recuperado de <http://www.consejoinfancia.gob.cl>.

Consejo Nacional de la Infancia. (2018). *Orientaciones para la intervención familiar con niños y niñas institucionalizados: modelo de intervención para la revinculación familiar de niños y niñas de 0 a 3 años que permanecen en residencias de protección*. Recuperado de <http://observatorioninez.consejoinfancia.gob.cl/wpcontent/uploads/2018/01/ORIENTACIONES-para-la-intervencion-familiar-con-ni%C3%B1os-institucionalizados.pdf>

Consejo Nacional de la Infancia. (2014). *Variables predictoras y modelos exitosos de reunificación familiar en niños institucionalizados*. Recuperado de [http://files.infancia-inclusiva.webnode.cl/20000001159eeb5ae8e/Informe%20Variables%20predictoras%20y%20modelos%20reunificaci%C3%B3n%20\(2\).pdf](http://files.infancia-inclusiva.webnode.cl/20000001159eeb5ae8e/Informe%20Variables%20predictoras%20y%20modelos%20reunificaci%C3%B3n%20(2).pdf).

Espejo, N. (2017). *El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental*, en *Responsabilidad Parental*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Estrada, F. (2015). Principios del procedimiento de aplicación de medidas de protección de derechos de niños y niñas. *Revista de Derecho*, 8.

Gómez, B y Berastegui, P. (2009). El derecho del niño a vivir en familia. *Miscelánea*, 67.

Illanes, A. (2017). La satisfacción del Derecho de niño a vivir en familia en las distintas realidades y estructuras familiares, en *Estudios de Derecho familiar*. Talca: Universidad de Talca.

Lepin Molina, C. (2014). Los nuevos principios del derecho de familia, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 23. Disponible también [en línea]: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000200001&lng=es&nrm=iso>.

Mizrahi, M. (2015). *Responsabilidad Parental*. Buenos Aires: Astrea.

Pinochet Olave, R. y Ravetllat Balleste, I. (2015). El principio de intervención mínima del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Disponible también [en línea]: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512015000100002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851 (consultado con fecha 2018-05-27).

Sambrizzi, E. (2017). Adopción. Buenos Aires: Thomson Reuters.

UNICEF. (2012). Poder Judicial Documento de Trabajo, Boletín N°1. Recuperado de <http://unicef.cl/web/boletin-numero-1-ninos-y-ninas-declarados-susceptibles-de-adopcion-sin-enlace-v-region/>.

Recibido: 18/04/2019

Aprobado: 31/10/2019

Alejandra Illanes Valdés: Profesora de Derecho Civil y de Derecho de la Infancia en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Correo electrónico: a-illanesv@hotmail.com