



Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Facultad de Derecho

Escuela de Derecho



FAMILIAS DE ACOGIDA Y ADOPCIÓN: CUESTIONES PROBLEMÁTICAS.

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS.

MEMORISTA: Josefa Ignacia Pizarro Osorio.

PROFESORA GUÍA: María Graciela Brantt Zumarán.

Valparaíso, Chile

2016

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
--------------------	---

CAPÍTULO I:

PROGRAMA DE FAMILIAS DE ACOGIDA. NOCIÓN Y CARACTERÍSTICAS

I. FAMILIAS DE ACOGIDA. PRESENTACIÓN.....	6
1. Regulación en nuestro país.....	7
a) Tipos de familias de acogida.....	8
b) Quiénes pueden ser familias de acogida.....	10
c) Objetivos del Programa de Familias de Acogida.....	10
d) Fases de intervención.....	11
e) Tiempo de permanencia en el Programa de Familia de Acogida.....	11
2. Relación con la institución de la adopción.....	12

CAPÍTULO II:

CUESTIONES PROBLEMÁTICAS CON OCASIÓN DE LOS PROCESOS DE ADOPCIÓN

I. POSIBILIDAD DE ADOPTAR.....	16
1. Inexistencia de regulación normativa en orden a que familias guardadoras puedan adoptar al niño, niña o adolescente bajo su cuidado.....	16
2. Situación en el derecho comparado.....	18
3. Forma de superar el problema.....	21
a) Proyecto de Ley que modifica el artículo 20 de la Ley N° 19.620 sobre Adopción de Menores, en relación con las familias de acogida.....	21
b) Principios reconocidos a niños, niñas y adolescentes como criterios jurídicos para asignar la adopción.....	24
i. Interés superior del niño, niña o adolescente.....	24
ii. Otros principios.....	28
c) Sugerencias para enfrentar esta problemática.....	31

II. OTROS PROBLEMAS DETECTADOS.	33
1. Respecto del rol que cumple el Servicio Nacional de Menores.	33
a) Mejor selección y capacitación psicológica de los guardadores.....	33
b) Falta de supervisión.	34
c) Tiempo de permanencia.	35
CONCLUSIONES	39
BIBLIOGRAFÍA	41

INTRODUCCIÓN

El Programa de Familias de Acogida constituye una modalidad del sistema de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a cargo del Servicio Nacional de Menores y de fundaciones de derecho privado colaboradoras de dicho servicio, que consiste en integrar a un grupo familiar alternativo a aquellos niños, niñas y adolescentes, que producto de una transgresión de derechos y debido a una decisión judicial, deben ser separados de su grupo familiar de origen, mientras se realizan las acciones para restablecer su derecho a vivir con éste. Este escenario es el esperado, pero debemos reconocer que hay ocasiones en que transcurre un largo tiempo hasta que la familia de origen recupera su habilidad parental, frente a lo cual se debe ampliar la permanencia del niño a cargo de sus guardadores, o puede ser que nunca sea recuperada. En tal caso, debe existir una alternativa que brinde a estos niños vulnerados una familia, y que al mismo tiempo respete sus derechos. Una respuesta es la adopción por una familia definitiva legitimada mediante el programa de adopción a cargo del Servicio Nacional de Menores, sin embargo, en este trabajo pretendemos demostrar que en ciertos casos excepcionales el grupo familiar apto para un mejor cuidado del niño, niña o adolescente es precisamente la familia de acogida.

En este contexto nos haremos cargo de una situación excepcional que se ha ido presentando en la realidad de las familias de acogida, esta es, la intención de adoptar a los niños que han tenido bajo su cuidado. Cabe mencionar que lo extraordinario de la circunstancia no merma su relevancia, pues los involucrados son niños vulnerados en sus derechos que carecen de un núcleo familiar protector y es un compromiso del estado amparar y proteger a los niños y a la familia. Una vez constituido nuestro motivo de estudio, nos percatamos que existe un vacío normativo frente a la posibilidad de adoptar por guardadores, de lo cual deriva – justamente – la incertidumbre de una eventual adopción por su parte y del procedimiento que deben seguir para tal efecto. Como consecuencia, además, nos encontramos con causas que han sido resueltas con excesiva discrecionalidad por parte del juez de familia, al no existir una norma que establezca criterios para el fallo del caso concreto.

En el primer capítulo de este trabajo pretendemos identificar y caracterizar al Programa de Familias de Acogida, con el objeto de indicar su regulación actual, y de presentar un panorama general al lector. Posteriormente, plasmamos una relación entre la institución de la adopción con las familias de acogida, identificando sus diferencias y similitudes. De esta manera, al hacer una conexión entre ellas, nos percatamos de la problemática que se genera cuando niños cuidados por una familia guardadora permanecen durante un período considerable junto a ellas, vale decir, el interés por prolongar permanentemente su estadía para proceder a formar una familia, siendo la vía para esto, la adopción.

En el segundo capítulo nos haremos cargo de esta problemática, comenzando por analizar la posibilidad de adoptar por parte de las familias de acogida, frente a lo cual observamos que no existe una prohibición, sino que un vacío normativo al respecto. Dilucidado esto, nos parece oportuno, para completar con ello el presente estudio, adentrarnos en las diferentes técnicas legislativas adoptadas en el derecho comparado, con el propósito de observar si una solución similar podría regir en nuestro país. Por último,

examinaremos ciertos aspectos internos del Servicio Nacional de Menores que contribuyen a la generación del vínculo afectivo entre los guardadores y el niño acogido, de lo cual deriva el posterior interés por adoptarlos.

Finalmente, buscamos soluciones a la problemática planteada con la normativa vigente al respecto, y recopilando los principios reconocidos a los niños, niñas y adolescentes – como criterios jurídicos para asignar la adopción –, con especial consideración al interés superior del niño.

CAPÍTULO I:

PROGRAMA DE FAMILIAS DE ACOGIDA. NOCIÓN Y CARACTERÍSTICAS.

I. FAMILIAS DE ACOGIDA. PRESENTACIÓN.

Tradicionalmente se ha sostenido que familia es aquella constituida exclusivamente sobre la base del matrimonio. Sin embargo, en la actualidad esa es una noción superada, pues se entiende – a la luz de la dinámica social –, que es un grupo social¹ que tiene diversos orígenes, así comprende a la familia no matrimonial, a la fundada en uniones de hecho, en filiaciones adoptivas, y en los diversos hogares conformados por otros lazos de parentesco o afectivos.

Las familias o adultos responsables son los agentes de socialización primarios capaces de proteger y desarrollar en los niños habilidades para la vida. No obstante, de la misma forma nos encontramos como sociedad, con situaciones de vulneración de derechos cuando familias lesionan a través de acciones concretas o de graves omisiones las posibilidades para el desarrollo armónico de niños, niñas o adolescentes².

Dentro de este contexto encontramos a las familias de acogida o cuidadoras a cargo del Servicio Nacional de Menores (SENAME) y de fundaciones de derecho privado colaboradoras de dicho servicio, que constituyen una medida de protección a niños, niñas o adolescentes (en adelante NNA) privados de cuidados parentales que – producto de una vulneración de sus derechos y debido a una decisión judicial – deben ser separados de su grupo familiar de origen, para ser integrados a un grupo familiar alternativo mientras se realizan las acciones para restablecer su derecho a vivir definitivamente con una familia protectora.

El programa de Familias de Acogida, es un modelo social de atención a la infancia vulnerada que tiene alrededor de 35 años de existencia. En sus inicios se llamó “Apoyo Familiar o Ayuda Intrafamiliar”, posteriormente “Colocaciones Familiares”, todas modalidades que aspiraban a mantener a los NNA con su familia, otorgándoles un soporte económico mientras se resolvían diversas situaciones de vulnerabilidad, evitando así su internación en centros residenciales³. El año 2005 la Ley N° 20.032 sobre Subvenciones del

¹ “La familia es un grupo social, unidos entre sí por vínculos de consanguinidad, filiación (biológica o adoptiva) y de alianza, incluyendo las uniones de hecho cuando son estables”. Informe de la Comisión Nacional de Familia, Servicio Nacional de la Mujer (Santiago, Chile, 1994), cit. por QUINTANA VILLAR, María Soledad, *Derecho de Familia*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2013), p. 14.

² Información disponible en el sitio web del Servicio Nacional de Menores, *Bases Técnicas, Línea de Acción Programas, Programa de Familias de Acogida, Modalidad: familias de acogida especializada FAE*, Departamento de Protección de Derechos, Servicio Nacional de Menores (Febrero, 2012). Disponible en: http://www.sename.cl/wsename/licitaciones/p7_27-02-2012/FAE%20Bases%20Tecnicas%20Licitac%20%20Febrero%202012.pdf [Última consulta: 26 de Abril de 2016, 14:05 horas].

³ MARTÍNEZ RAVANAL, Víctor, *Informe Final, Análisis evaluativo del programa familia de acogida especializada de SENAME* (28 de noviembre 2011). Disponible en:

Servicio Nacional de Menores instauró nuevos énfasis técnicos al modelo, pasando a la denominación actual de “Familias de Acogida”⁴.

1. Regulación en nuestro país.

La Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, dispone expresamente en su artículo 20, el deber de los Estados Partes de garantizar a los niños que temporalmente o permanentemente deban ser privados de su medio familiar, protección y asistencia especiales⁵.

El antecedente inmediato de esta disposición se encuentra en la “Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional”, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas como resolución 41/85, el 3 de diciembre de 1986.

A nivel nacional, el Decreto N° 841 del Ministerio de Justicia del año 2005⁶, establece en el artículo 34 letra e) el Programa de Familias de Acogida, dirigido a niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos, con el objeto de entregarles un medio familiar para residir.

Como mencionamos líneas atrás, el Programa constituye una medida de protección – de naturaleza jurídica cautelar –, que consiste en una decisión que ordena el juez tendiente a proteger a un NNA vulnerado o amenazado en sus derechos, y como tal, para la incorporación de éstos debe mediar una autorización judicial del Tribunal de Familia competente, conforme lo dispone el artículo 68 de la Ley N° 19.968 de Tribunales de Familia⁷.

http://www.sename.cl/wsename/otros/estudios_2012/Informe_Final_FAE.pdf. [Última consulta: 22 de Abril de 2016, 14:08 horas].

⁴ Artículo 4 Ley N° 20.032: Para efectos de esta ley, se entenderá por: e) Programa de Familias de Acogida: dirigido a proporcionar al niño, niña o adolescente vulnerado en sus derechos un medio familiar donde residir, mediante familias de acogida.

⁵ Artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño: 1. 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 especiales del Estado. 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

⁶ Este Decreto aprueba el Reglamento de la Ley N° 20.032 que establece un Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de la Red de Colaboradores acreditados del Servicio Nacional de Menores y su Régimen de Subvención.

⁷ Artículo 68 Ley N° 19.968 de Tribunales de Familia: Procedimiento de aplicación de medidas de protección. En los casos en que la ley exige o autoriza la intervención judicial para adoptar las medidas de protección jurisdiccionales establecidas en la ley, tendientes a la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes cuando éstos se encontraren amenazados o vulnerados, se aplicará el procedimiento contenido en el presente Párrafo. En lo no previsto por éste, se aplicarán las normas del Título III.

Además, cabe mencionar como normativa interna a las Orientaciones Técnicas del Programa de Familias de Acogida, elaboradas por el Servicio Nacional de Menores – disponibles en su sitio web –, estas resoluciones son de carácter general y permiten adecuarse a la realidad específica de cada NNA, pues en este programa convergen niños con distintas problemáticas y características, por lo que no es posible una metodología única que deba utilizarse para todos los casos, sino que la intervención exige la adecuación del recurso a las necesidades individuales de cada caso.

a) Tipos de familias de acogida.

Las familias de acogida pueden ser clasificadas de acuerdo a diversos criterios. En tal sentido, encontramos que para los efectos del pago de la subvención, el artículo 34 del Decreto N° 841 distingue en la letra e) entre Programa de Familia de Acogida simple (FAS); especializada (FAE); y para niños, niñas y adolescentes con discapacidad (FAD).

En primer lugar, el Programa de Acogida simple está destinado a proporcionar al niño, niña o adolescente vulnerado en sus derechos, un grupo familiar alternativo donde residir. Por otro lado, la Familia de Acogida Especializada pretende proporcionar un grupo familiar alternativo donde residir, que entregue cuidado y contención especializados a NNA víctimas de graves vulneraciones a sus derechos, las que han tenido consecuencias en su desarrollo social, físico, afectivo, sexual, cognitivo y conductual, y que deben ser separados de sus familias. Por último, el Programa para NNA con discapacidad está destinado a otorgar atención y cuidado especializado a niños con algún tipo y grado de discapacidad.

Otra clasificación que es posible efectuar respecto de las familias de acogida, es en atención a si la familia proviene de la red familiar del NNA o fuera de ésta. Las primeras se denominan familias de acogida extensas, y las segundas familias de acogida externas.

Adicionalmente, otra categoría de familia de acogida es la de urgencia, que es aquella destinada a ofrecer una atención inmediata a niños y niñas que lo requieran, en razón de la necesidad de interrumpir una situación de grave vulneración que vivencian junto a sus progenitores y/o familiares, otorgando efectiva protección, evitando la internación en centros residenciales⁸.

Los niños, niñas o adolescentes para ser integrados a una familia de acogida extensa deben haber sufrido una vulneración de derechos relacionada con su familia de origen que requiera de la separación de aquélla para su protección, y además deben contar con una medida de protección decretada por el tribunal de familia que ha determinado una separación de los adultos a cargo de su crianza⁹. Generalmente, los NNA cuentan con familiares que tengan la capacidad para, con apoyo especializado, hacerse cargo del niño durante el tiempo que deberá estar separado de su familia de origen. De esta forma, se

La intervención judicial será siempre necesaria cuando se trate de la adopción de medidas que importen separar al niño, niña o adolescente de uno o ambos padres o de quienes lo tengan legalmente bajo su cuidado.

⁸ SENAME, *Orientación Técnica: Programa de Familias de Acogida Administración directa FAE AADD*. Departamento de Protección y Restitución de Derechos. Abril 2015.

⁹ cit. 2.

respetaría el derecho del niño a vivir en su familia, estando protegido en un ambiente conocido y con personas con las cuales tiene o establecerá lazos afectivos duraderos¹⁰.

No obstante, lo anterior, puede no ser posible, como en los siguientes casos: porque no existen familiares; porque éstos no tienen las condiciones para hacerse cargo del NNA (situaciones de violencia intrafamiliar, abuso sexual, problemas de salud, etc.); no tienen interés de acoger al niño, a pesar del trabajo de motivación realizado por el equipo especializado; o el niño, por sus características, requiere de una atención de mayor especialización (niños con problemas psiquiátricos, con enfermedades físicas o neurológicas, etc.). La solución en estos casos será la integración del NNA a una familia de acogida externa¹¹.

La familia externa actúa generalmente en situaciones de reemplazo de familias de acogida extensas que no han tenido un buen desempeño o forman parte del sistema vulnerador. Para los equipos ejecutores es más fácil trabajar con las familias externas, pues están mejor preparadas y son más factibles de ser capacitadas, y por ende, constituyen un real y efectivo recurso de protección. Sin embargo, esta efectividad se ve opacada, pues estas familias tienden a ser selectivas para la acogida de niños – pequeños y no conflictivos – y están principalmente motivadas por quedarse con ellos¹², por lo que el grupo favorecido son ciertos niños, quedando relegados aquéllos que pertenecen a una red familiar problemática.

Actualmente, a lo largo de nuestro país existen 25 instituciones colaboradoras del SENAME que operan programas de familias de acogida. Éstas administran un total de 47 programas de familias de acogida, los cuales en total logran atender a 3.490 niños. De las instituciones que trabajan con este tipo de programa destaca, en primer lugar, la Agencia Adventista de Desarrollo y Recursos Asistenciales (ADRA Chile), con un total de 8 programas de Familias de Acogida, seguido por la Fundación Hogar de Cristo con 5 programas y luego, la Corporación de Apoyo a la Niñez y Juventud en Riesgo Social, Corporación “Llequen” con 4 programas. En total, estas 3 instituciones son las responsables de la correcta implementación de los criterios técnicos del programa impuesto por SENAME a un total de 1.240 niños, es decir, un 36% del total de niños que están en estos programas en Chile¹³.

De acuerdo a las Bases Técnicas del Programa de Familias de Acogida, los principios considerados esenciales que deben servir de orientación a las acciones institucionales – destinados a asegurar la efectiva restitución de derechos del sujeto de atención – son el interés superior del niño y el derecho del niño a la estabilidad y a desarrollarse en familia¹⁴.

¹⁰ Ib.

¹¹ Ib.

¹² cit. 3.

¹³ JARAMILLO VERGARA, José Manuel, *¿Hogares residenciales o Familias de Acogida para infancia vulnerada en Chile hoy?* (Santiago, Tesis para optar al grado de Magister en Gestión y Políticas Públicas, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, 2014).

¹⁴ cit. 2.

b) Quiénes pueden ser familias de acogida¹⁵.

Las familias que acogen a NNA no son familias modelo, tampoco deben responder a un nivel socio-económico, educativo o psicológico determinado. Se trata de familias normales que han de ser sensibles frente a las necesidades de quienes cobijan, y que naturalmente cuentan con competencias y capacidades para atenderlos adecuada y desinteresadamente.

Los requisitos que generalmente se solicitan a quienes tengan interés en constituirse en familia acogedora son:

1. Interés y habilidad para relacionarse con niños, y capacidad para respetar la historia personal del acogido y su relación con la familia de origen.
2. Contar con destrezas para la crianza de niños, y capacidad de comprender y empatizar con situaciones familiares difíciles.
3. Ausencia de situaciones de violencia u otras problemáticas que dificulten admitir nuevos miembros en la familia.
4. Salud física y psíquica compatible con labores propias del acogimiento familiar y con el rango de edad de los niños.
5. Condiciones materiales y funcionales de la vivienda para acoger nuevos miembros.
6. Ingresos económicos estables que satisfagan las necesidades básicas del grupo familiar.

La política interna del SENAME señala que cada familia podrá recibir como máximo a dos NNA, de forma que el núcleo familiar (incluidos los niños/as propios) no sume más allá de cinco niños¹⁶.

c) Objetivos del Programa de Familias de Acogida.

El objetivo general, es otorgar una atención residencial de calidad, en una familia de acogida, que permita ejercer sus derechos a niños, niñas y adolescentes que han sufrido una vulneración de sus derechos y que mediante una medida de protección han debido ser separados de su grupo familiar de origen, apoyando especialmente a la familia de origen para restablecer las condiciones que permitan al NNA volver en el más breve plazo a vivir en su familia¹⁷. Asimismo, el Programa tiene objetivos específicos a cumplir, los cuales sirven de complemento a este objetivo general¹⁸.

¹⁵ Lo siguiente es una síntesis de la información obtenida en el sitio web de SENAME: *¿Quieres acoger a un niño en tu familia?*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Gobierno de Chile. Disponible en: <http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=305> [Última consulta: 24 de Abril de 2016, 13:40 horas].

¹⁶ SENAME, *Programa Familias de Acogida (FA)*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Gobierno de Chile. Disponible en: <http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=13> [Última consulta: 22 de Abril de 2016, 17:09 horas].

¹⁷ SENAME, *Orientaciones Técnicas, Familias de Acogida*, Departamento de Protección de Derechos, Ministerio de Justicia 2004. Disponible en:

d) Fases de intervención¹⁹.

El proceso de intervención, a cargo de agentes especializados²⁰, debe contar con las siguientes fases:

- Realizar la evaluación de los casos derivados por Tribunales. Incluye la evaluación del niño, de su familia de origen y de su red familiar, para determinar la familia en mejores condiciones para hacerse cargo del NNA. Sólo si no existe la posibilidad de una familia de acogida perteneciente a la red familiar del niño, se debe seleccionar una familia de acogida fuera de la red familiar.
- Diseñar un plan de intervención en cada caso, que incluye al niño, su familia de acogida y su familia de origen.
- Ejecutar el plan de intervención, reevaluarlo permanentemente y realizar las modificaciones oportunas en el mismo.
- Promover el retorno del NNA a su grupo familiar, lo que incluye seguimiento del caso para evaluar la efectividad de las medidas adoptadas y finalmente el egreso definitivo del programa.

e) Tiempo de permanencia en el Programa de Familia de Acogida.

La permanencia de niños, niñas y adolescentes en estos Programas no será superior al tiempo necesario para que el grupo familiar de origen logre la habilitación en su rol de cuidado y protección, y en el caso de ser necesario preparar adolescentes para la vida independiente, corresponderá su egreso cuando se encuentren habilitados para ello, es decir, con un adecuado desarrollo de su autonomía personal. Sin embargo, se considera que la permanencia de un niño en el Programa de Familias de Acogida, no debiera superar los 24

http://www.sename.cl/wsename/otros/proteccion/FAMILIAS_DE_ACOGIDA.pdf [Última consulta: 29 de Abril de 2016, 15:40 horas].

¹⁸ Las Orientaciones Técnicas del Programa de Familias de Acogida señala como objetivos específicos: satisfacer adecuadamente las necesidades de resguardo y protección de NNA durante el período de intervención del Programa, en las áreas física, afectiva, intelectual, recreacional y cultural; restablecer el derecho a crecer y desarrollarse en familia, a NNA vulnerados en sus derechos, interrumpiendo la situación de vulneración que motivó el ingreso al Programa, mediante una acción especializada con un enfoque familiar y comunitario; promover la participación activa de las familias de origen y de su red social en la tarea de reinserción socio familiar en el más breve plazo; preparar al joven para la vida independiente, en los casos que corresponda, mediante su habilitación para la restitución y ejercicio de derechos; fortalecer los vínculos familiares y generar estrategias que faciliten la reinserción del NNA con su familia de origen; apoyar a las familias de acogida en las acciones necesarias para satisfacer las necesidades básicas de los NNA bajo su cuidado; y apoyar a las familias de origen en sus funciones de cuidado, crianza y protección de sus hijos para restituir en el más breve plazo el derecho de los NNA de vivir y desarrollarse en su familia.

¹⁹ Lo siguiente es una síntesis de lo obtenido en las Bases Técnicas de las Familias de Acogida, disponibles en el sitio web del Servicio Nacional de Menores (cit. 2).

²⁰ Las Orientaciones Técnicas del Programa de Familias de Acogida señala que este equipo estará compuesto por técnicos y profesionales con formación y/o experiencia en el ámbito de la protección infantil, en la intervención con niños, niñas y adolescentes víctimas de vulneración de derechos, en trabajo educativo con las familias y en intervención familiar, de acuerdo a las funciones de cada miembro. Tales como psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, entre otros.

meses, exceptuando situaciones en que se justifique claramente la necesidad de aumentar este plazo²¹. Es posible que el niño deba continuar bajo el cuidado de la familia de acogida, debido, por ejemplo, a que en la familia de origen no se lograron generar los cambios que permitan la reinserción familiar (enfermedades irreversibles, inhabilidad parental, padres privados de libertad, etc.); también por la duración prolongada del proceso de adopción; o por la ausencia de familia adoptiva. Frente a esto se sugiere la posibilidad de que esta familia de acogida asuma legalmente el cuidado personal del niño y se generen los recursos necesarios para su mantención, egresando del Programa.

En caso de que no sea posible que el niño vuelva a vivir en su familia de origen, debido a que ésta no está dispuesta o no tiene las condiciones mínimas necesarias para la protección de sus derechos, a pesar de haber recibido la intervención necesaria por parte de centros de la red de apoyo a las familias o por el mismo programa, el equipo de intervención debe buscar la mejor posibilidad de egreso del niño, ya sea que la familia que lo ha acogido solicite la tuición²², ingrese a un programa de adopción, o egrese a otro sistema de protección (residencia familiar de preferencia), siempre como decisión del Tribunal competente²³.

Las bases técnicas del Programa de Familias de Acogida señalan algo muy relevante al respecto, y es que este principio de transitoriedad o temporalidad puede ser superado por la realidad de aquellos casos que permanecerán hasta los 18 o 24 años, no obstante el programa debe privilegiar la tuición o adopción de parte de la familia acogedora cuando el NNA ha permanecido dos años o más bajo esta modalidad de acogimiento²⁴. A partir de esta última figura – la adopción –, en la actualidad se genera una problemática a nivel nacional, de la cual nos haremos cargo en el capítulo siguiente. Sin perjuicio de lo anterior, a continuación daremos cuenta de la relación existente entre ambas instituciones.

2. Relación con la institución de la adopción.

La adopción es un acto jurídico de carácter judicial que tiene por objeto proporcionarle a un menor de edad unos padres y una familia, no biológicos, que puedan brindarle el afecto y los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ellos no le sean proporcionados por la familia de origen²⁵.

A partir de la definición anterior es innegable la relación que existe entre la adopción y las familias de acogida, pues esta última busca integrar a un NNA a una familia alternativa, para cuidarlo y protegerlo mientras su familia de origen logra reasumir su cuidado. Por lo tanto, ambas figuras tienen por función la protección y cuidado de NNA que no tienen un medio familiar que les pueda proporcionar la protección debida.

²¹ cit. 2.

²² Las Bases Técnicas de las Familias de Acogida se refieren a “tuición”, en adelante tener presente que este término ha sido superado, y actualmente es menester reemplazarlo por “cuidado personal”.

²³ cit. 2.

²⁴ Ib.

²⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Adopción y Filiación Adoptiva* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002), p. 74.

Asimismo, otro aspecto en común que tienen ambas figuras es que tienen en vista el principio del interés superior del niño, pues de acuerdo al artículo 3.1 de la Convención de Derechos del Niño: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". De tal manera, este principio al interior del programa de familia de acogida, debe guiar la intervención a partir del análisis inicial de la situación del usuario/a, en la determinación de la mejor situación de acogimiento familiar de acuerdo a sus características individuales e intereses, que cautele su seguridad física y promueva su desarrollo. El acogimiento debe ser implementado de acuerdo a un Plan de Intervención Individual elaborado en forma participativa con los actores involucrados (niños/as, familias de acogida y familias de egreso cuando sea pertinente desde el inicio establecer compromiso), con cuidadosa consideración de aspectos de rango ético, género, necesidades especiales, y otros requerimientos individuales que pudiesen estar presentes. Por tanto, son los propios NNA los que ocupan el centro de la intervención, y quienes junto a sus referentes afectivos contribuyen a definir las acciones del programa, conforme a las circunstancias y necesidades específicas que les caracterizan²⁶. En el mismo tenor encontramos el artículo 1 de la Ley N° 19.620 sobre Adopción de Menores²⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, estas instituciones difieren en un aspecto sustancial, por cuanto la adopción representa una solución permanente e irrevocable en el tiempo, que extingue los vínculos filiativos con la familia biológica, mientras que las familias de acogida constituyen una medida de protección transitoria que proporciona al NNA los cuidados necesarios mientras éste pueda ser adoptado. Si el retorno a la familia biológica no es posible, el Programa de Familias de Acogida efectúa una búsqueda de una familia permanente para que el niño resida y egrese del Programa, pues se trata de un programa de protección que no constituye una forma de adopción de niños²⁸.

Como dijimos, el Programa de Familia de Acogida ofrece atención de carácter transitorio, a niños y niñas cuyos padres no pueden ejercer adecuadamente su rol protector, cuyo plazo de intervención dependerá del tiempo requerido para desarrollar procesos que logren el egreso exitoso en cada caso, lo que deberá ser dictaminado por el respectivo Tribunal de Familia y trabajado directamente por los proyectos de atención. El programa de Familias de Acogida no tiene carácter adoptivo, en tanto los procesos de adopción se rigen en sus fines y procedimientos por una normativa específica. Por ello, las familias que pudieran interesarse en participar en el programa pretendiendo adoptar a un NNA, no corresponderán al perfil requerido para éste, que busca familias que ejerzan rol de cuidador

²⁶ cit. 2.

²⁷ Artículo 1 inciso 1 de la Ley 19.620: 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 el brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen.

²⁸ Informe disponible en la Biblioteca del Congreso Nacional, *Regulación de los requisitos de adoptantes y familias de acogida: Chile y derecho comparado*, Comisión Permanente de Familia de la Cámara de Diputados (Abril, 2013). Disponible en: http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/17218/1/Adopcion%20y%20Familias%20de%20Acogida%20Derecho%20Comparado_v3_nm_v4_1_v5.doc [Última consulta: 26 de Abril de 2016, 14:50 horas].

social, por períodos acotados a cada caso, y de manera sucesiva, en tanto una vez egresado un NNA estén en condiciones de recibir a otros que requieran atención del programa. Distinto es que como resultado del proceso de diagnóstico e intervención psicosocial, sea posible determinar casos en que la mejor alternativa de inserción familiar estable pudiera ser la familia de acogida externa, al no contar tampoco con posibilidad de encontrar una familia adoptiva interesada²⁹.

En estrecha relación con esto, en una entrevista con el Coordinador de la Unidad de Adopción del SENAME de Valparaíso – Gonzalo Silva Ceniani – cuestionamos la falta de información que tenían los guardadores al ingresar al programa de familia de acogida, en orden a si sabían con plenitud que este Programa es de carácter transitorio y no una vía para acceder a la adopción, pero éste nos indicó que se les informa de manera completa, y que de hecho se les va recordando en cada visita que se realiza a las familias que el programa es esencialmente transitorio.

Es más, cabe señalar que la Orientación Técnica del Programa de Familias de Acogida Administración Directa de Abril de 2015, contempla, para la formalización de los compromisos mutuos la Firma de Convenio de Colaboración con cada familia de acogida, explicitando en ese documento las siguientes funciones: asumir el cuidado directo y permanente del niño(a) ingresado en el sistema, ejerciendo el rol parental mientras se resuelva el traslado a una familia de acogida externa o extensa; asumir que el cuidado es transitorio y que no es un camino factible para la adopción; extender las funciones de cuidado personal a los hermanos que ingresan junto al niño(a) menor de 6 años de edad; tener claridad respecto de las responsabilidades directas en el ejercicio de la parentalidad; no divulgar información confidencial del niño(a) y su familia; participar activamente de los procesos de intervención realizados por el equipo del Programa como de los equipos que conforman las redes de apoyo; entre otros.

En oposición a lo anterior, la adopción se caracteriza por ser irrevocable³⁰. Sus efectos comienzan a regir desde que se inscribe la sentencia, y la única forma en que es posible dejarla sin efecto es a través de la acción de nulidad, entablada por el adoptado o por el curador especial, cuando se haya obtenido por medios ilícitos o fraudulentos. El carácter irrevocable se explica porque se trata de un acto de familia que crea un nuevo estado civil. Es decir, debe tratarse de una institución que otorgue estabilidad a las relaciones que origina³¹.

Como mencionamos líneas atrás, el acogimiento permite que el niño siga manteniendo el vínculo de unión jurídico y afectivo con su familia biológica. En cambio, la

²⁹ SENAME, *Línea de Acción Programas, Orientación Técnica, Programa Familias de Acogida Especializada con Programa de Protección Especializado FAE/PRO*, Departamento de Protección de Derechos (Marzo, 2015), p. 7. Disponible en: http://www.sename.cl/wsename/licitaciones/p7_03-06-2015/Orientaciones_Tecnicas_FAE-PRO.pdf [Última consulta: 28 de Abril de 2016, 16:52 horas].

³⁰ Artículo 38 inciso 1 de la Ley N° 19.620: La adopción es irrevocable. Con todo, el adoptado, por sí o por curador especial, podrá pedir la nulidad de la adopción obtenida por medios ilícitos o fraudulentos.

³¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *El Sistema Filiativo Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), p. 239.

sentencia que concede la adopción tiene carácter constitutivo: constituye un nuevo estado civil entre adoptantes y adoptado, que se superpone a la relación biológica, con efectos generales o *erga omnes*. La adopción atribuye al adoptado el estado civil de hijo del adoptante o de los adoptantes. Por lo mismo, atribuye al adoptante o adoptantes el estado civil de padre o madre: así se deduce de la disposición del artículo 37 que señala que el estado civil de hijos de los adoptantes se produce “con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley”³². La adopción “extingue” los vínculos de filiación de origen del adoptado para todos los efectos civiles (artículo 37.1 Ley N° 19.620)³³.

Pese a que el Programa de Familia de Acogida es eminentemente transitorio, debemos reconocer la situación que se ha venido presentando en el último tiempo, y ésta dice relación con el prolongado período de permanencia de los NNA con las familias guardadoras – debido a diversos motivos que trataremos más adelante –, lo que genera lazos afectivos de gran envergadura, y es en este contexto que los guardadores deciden optar por solicitar la adopción para no separarse del niño que ha estado bajo su cuidado.

³² CORRAL TALCIANI, Hernán, cit. (n.25), p. 280.

³³ El autor expone que prefiere el vocablo “extinción” al de “caducidad” porque se trata de un término técnicamente más amplio y menos comprometido. El sentido, sin embargo, es el mismo. *Ibid.*, p. 283.

CAPÍTULO II:

CUESTIONES PROBLEMÁTICAS CON OCASIÓN DE LOS PROCESOS DE ADOPCIÓN.

En este capítulo identificaremos los problemas que enfrentan las familias de acogida cuando desean adoptar a los niños que tienen bajo su cuidado. En primer lugar veremos si existe la posibilidad de adoptar y la forma en que esto se aborda actualmente, para luego pasar a observar el panorama general en derecho comparado respecto a esta situación.

Posteriormente plantearemos la forma de superar la falta de regulación nacional frente a esta posibilidad de adoptar, adoptando como principio rector de la materia el interés superior del NNA. Finalmente, trataremos otros problemas de carácter interno del SENAME que hemos detectado influyen en el origen de esta problemática.

I. POSIBILIDAD DE ADOPTAR.

1. Inexistencia de regulación normativa en orden a que familias guardadoras puedan adoptar al niño, niña o adolescente bajo su cuidado.

Como enunciamos en el capítulo anterior, en muchos casos es inevitable el apego que se genera entre el NNA y su familia de acogida, debido a diversos factores, como por ejemplo el transcurso de tiempo hasta la declaración de susceptibilidad de adopción del niño – si fuese el caso –, el período prolongado de rehabilitación de la familia de origen, inexistencia de una familia adoptiva para el NNA, entre otros. Como corolario de esto, SENAME extiende el tiempo en que dichos niños estarán bajo el cuidado de su familia guardadora hasta que se superen tales circunstancias, lo que consecuentemente propicia la generación de mayores lazos afectivos, y ello puede incentivar el interés por adoptar de las propias familias de acogida.

En nuestro país, existe un vacío normativo respecto a esta situación, pues no es contemplado en ninguna de las leyes ni reglamentos concernientes a la materia, por el contrario, contamos con una mera referencia a esta posibilidad en una Base Técnica del Programa de Familias de acogida, al disponer que este programa privilegiará la tuición o adopción de parte de la familia acogedora cuando el NNA ha permanecido dos años o más bajo esta modalidad de acogimiento.³⁴ Lo anterior genera múltiples problemas, fundamentalmente, las familias de acogida que desean adoptar no tienen claridad respecto a esta posibilidad, de lo cual se deriva el desconocimiento del procedimiento al cual deben atenerse y, por lo mismo, la amplia discrecionalidad con que pueden ser resueltos los casos que se presenten ante los tribunales de familia. Actualmente, se enfrentan a muchos obstáculos para conseguir la adopción, pues deben presentar y acreditar ciertas condiciones – que mencionaremos más adelante –, las que serán tenidas en consideración por los tribunales de familia al conocer de dicha solicitud. Esto, además, trae aparejada la falta de certeza de este nuevo núcleo familiar en orden a si será concedida o denegada la adopción,

³⁴ cit.2.

lo que acarrea una inevitable vulneración de los derechos de los NNA, específicamente, el derecho del niño a la estabilidad y a desarrollarse en familia.

En un proyecto³⁵ de los académicos de la Escuela de Trabajo social y Psicología de Pontificia Universidad Católica de Chile incorporado en las Propuestas para Chile 2013, se reconoce como falencia la ausencia de estándares para la toma de decisiones sobre cuidado alternativo, y la falta de protocolos que vinculen los Programas de Familias Acogida con los de adopción. En el primer caso, se observa un magistrado con poderes omnímodos, que a pesar de tener asesoría, la decisión final respecto del futuro de un niño/a queda a su discreción, sin que existan procedimientos conocidos y establecidos que encausen las decisiones en esta materia. En el segundo punto, se destaca que actualmente la adopción y el acogimiento familiar son programas excluyentes y diferenciados, al punto que una familia de acogida está legalmente impedida³⁶ de convertirse en familia adoptiva de los niños que acoge, y a su vez, que familias interesadas en la adopción no pueden convertirse en familia de acogida.

Respecto de esta última idea, en una entrevista con Gonzalo Silva Ceniani, Coordinador de la Unidad de Adopción del SENAME de Valparaíso, nos informamos que actualmente, pese a la falta de regulación, se han concedido adopciones por tribunales de familias a algunos de los guardadores que lo han solicitado³⁷, teniendo a la vista los siguientes criterios que se han ido construyendo por la práctica de los tribunales de familia: el tiempo de permanencia superior a 1 año del NNA con la familia de acogida; inexistencia de adoptantes; condición de salud específica del NNA; calidad de la vinculación afectiva; y edad del NNA.

Entonces, ¿qué procedimiento debe seguir una familia guardadora para que pueda adoptar al NNA bajo su cuidado? Se debe destacar que ésta no ingresa al Programa de Adopción conjuntamente con otras familias que buscan adoptar, pues si fuera de esta manera entrarían en las mismas condiciones que los demás solicitantes, es decir, no buscarían adoptar un NNA determinado, sino que se concedería un niño que de acuerdo a las condiciones particulares de esa familia, sea adecuada para su cuidado. Debido a esto, el procedimiento que debe seguir la familia de acogida para obtener la adopción directa y dirigida de tal NNA, es solicitar su adopción, cumpliendo los mismos requisitos que establece la Ley N° 19.620 que los capaciten para desarrollar la paternidad adoptiva. En tal

³⁵ MUÑOZ, Carolina, FISCHER, Candice, CHÍA, Enrique. *Propuestas para Chile 2013. Capítulo IV: Lineamientos estratégicos para modelos de cuidado alternativo dirigidos a niños/as menores de seis años bajo protección estatal*. Este proyecto fue uno de los ganadores del Concurso de Políticas Públicas UC 2013 y está publicado en el libro *Propuestas para Chile 2013*. Disponible en: <http://politicaspUBLICAS.uc.cl/publicacion/concurso-de-politicas-publicas-2/propuestas-para-chile-2013/propuestas-para-chile-2013-capitulo-iv-lineamientos-estrategicos-para-modelos-de-cuidado-alternativo-dirigidos-a-ninosas-menores-de-seis-anos-bajo-proteccion-estatal/> [Última consulta: 19 de junio 2016, 00:37 horas].

³⁶ Cabe mencionar que este impedimento legal al que se hace referencia el texto en comentario es errado, pues, como mencionamos, no existe una norma prohibitiva al respecto, sino que un vacío o falta de referencia de los guardadores como sujetos aptos para adoptar en la Ley N° 19.620.

³⁷ De acuerdo a información entregada por SENAME Valparaíso, entre los años 2014 y 2015, 12 solicitudes de familias de acogida fueron tramitadas a nivel regional.

sentido, dado que la adopción es una medida que ha sido pensada para favorecer el interés superior del niño/a, los solicitantes deben someterse a un proceso de evaluación para acreditar su idoneidad física, mental, psicológica y moral para asumir un hijo/a en adopción. Este proceso de evaluación es mucho más estricto que el realizado en un comienzo para ser familia de acogida, debido a las consecuencias con carácter permanente que tiene la adopción, por lo tanto, los guardadores deberán someterse nuevamente a un examen de idoneidad para proceder a ella. En otras palabras, en ningún momento los guardadores se enfrentan a un procedimiento común con otras personas que desean adoptar, sino que es uno dirigido especialmente a esa familia de acogida y al niño que han tenido bajo su cuidado, como una suerte de regularización de la situación de hecho que se ha venido presentando.

2. Situación en el derecho comparado.

Es de utilidad observar lo que ocurre en las legislaciones de otros países respecto a la posibilidad de adoptar por parte de las familias de acogida, con el objeto de verificar si estos modelos son adecuados, y si una solución similar se podría adoptar en nuestro país. Para esto recurriremos a la legislación de España, Francia, Argentina y Colombia, países en que existe una regulación respecto a las familias de acogida, adoptando una distinta postura frente a la posibilidad de adoptar.

En España esta figura está expresamente regulada bajo la denominación de acogimiento familiar. Se trata de una medida de protección, que consiste en integrar a una familia un niño, hasta que éste pueda volver con su familia o se determine a su respecto otra medida de protección más apropiada, como puede ser la adopción. No se establece en el Código Civil Español una preferencia legal para la adopción de los NNA que se encuentran bajo su cuidado³⁸.

Luego, en función del tipo de intervención, la finalidad y temporalidad del acogimiento, podemos distinguir tres tipos de acogimiento familiar. En primer lugar, el simple, que es de carácter transitorio, ya que se prevé la vuelta del menor a su propia familia una vez que se resuelven las condiciones que han dado lugar a la separación provisional, o bien en tanto se adopta una medida de protección que revista un carácter más estable. Luego, tenemos el acogimiento familiar permanente, que es aquel en el que razonablemente se estima o se prevé que no es posible o no es deseable el retorno del menor a su entorno familiar, a medio o largo plazo, ni la adopción, pues suele estar condicionado por la edad y las características especiales de los menores y/o por la existencia de referentes familiares (drogadictos, violentos, abusadores, etc.) que no recomiendan la adopción³⁹. En este sentido encontramos la Sentencia de la Audiencia

³⁸ cit. 28.

³⁹ Consejería de Familia y Asuntos Sociales, Instituto Madrileño del Menor y la familia. *Acogimiento en la Comunidad de Madrid*, Disponible en: <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DGUIA+ACOGIMIENTO.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352847125390&ssbinary=true> [Última consulta: 20 de junio de 2016, 16:00 horas].

Provincial de Málaga N° 313/2010, de 8 de junio del año 2010, que expone lo siguiente: *“La Sentencia apelada constituye el acogimiento familiar permanente del menor Jon, por la pareja designada por la Entidad Pública, (...) que se estiman idóneos y que tal acogimiento, dado además el tiempo en que el menor ha convivido con los acogedores, es la medida más favorable para él mismo, más cuando la madre se ha negado a intervenir y colaborar con la E.T.F (Equipo de Tratamiento Familiar), y carece de conciencia de su problemática, por lo que no es posible la reinserción del menor con la misma. (...) dado el grado de integración plena del mismo con la familia acogedora y la vinculación consolidada con ésta, como se pone de manifiesto en el informe obrante en los autos, no solo no se hace aconsejable la reintegración del menor con la madre biológica, sino que dicha posibilidad está desaconsejada, no habiéndose acreditado en los autos, ni estabilidad económica y domiciliaria de la misma, ni estabilidad psicológica o emocional, que permitiese el retorno del menor con ella, sin exponer al menor a riesgo alguno, por lo que, lo más beneficioso para el niño es permanecer con la familia acogedora, en la que está perfectamente atendido, tanto desde el punto de vista económico, como moral y afectivo.”*⁴⁰ Como observamos, en este caso puede transcurrir un largo período hasta que el niño retorne a su familia de origen, por no ser aconsejable dado el trastorno psicológico grave de la madre, e incluso es probable que cumpla la mayoría de edad junto a su familia de acogimiento.

Por último, el acogimiento familiar preadoptivo, es aquel que está ligado al procedimiento de adopción, por lo que supone una imposibilidad de retorno del NNA a su familia de origen. Su solicitud y selección se rigen por las normas de la adopción. El Código Civil Español dispone en el artículo 176.2.3. que, se les exime de la obligación de iniciar una propuesta de adopción ante la entidad pública, a quienes llevan más de un año acogido a una medida de acogimiento preadoptivo. De esta manera se advierte que respecto de las familias de acogida, existe sólo un beneficio de carácter administrativo⁴¹.

El modelo español refleja una regulación mucho más avanzada y especializada, pero dificultamos su aplicación en nuestro país, pues implica una reforma total al Programa de Familias de Acogida actual, al clasificar entre acogimiento familiar simple, permanente y preadoptivo. SENAME sólo contempla el tipo simple, y al incluir una familia de acogida permanente y preadoptiva se alteraría la manera regular – mediante el programa de adopción – en que familias podrían acceder a la adopción de un NNA, debido a que al ser una medida de protección para el cuidado del niño vulnerado en sus derechos, es más expedito lograr el contacto con el NNA, lo que traería aparejado suponer que la mayoría de sujetos que pretenden ser padres por la vía de la adopción optarían por un acogimiento familiar preadoptivo, en lugar del procedimiento regular para adoptar que suele tomar mayor tiempo.

Por otro lado, en Francia, se regula expresamente la posibilidad de adopción por parte de las familias de acogida. El Código de Acción Social y de las Familias, dispone en

⁴⁰ Sentencia disponible en: <http://audiencias.vlex.es/vid/225723654> [Última Consulta: 26 de agosto de 2016, 12:45 horas].

⁴¹ cit. 28.

su artículo 225-2 que las personas de la familia de acogida, previamente seleccionadas por el Servicio Nacional de Ayuda Social, pueden adoptar los niños que cuidan cuando los vínculos afectivos establecidos entre ellos justifican esta medida. Por lo tanto, si bien no se establece una regla de preferencia para la adopción de la familia de acogida del NNA, se explicita que para adoptarlos deberá existir un vínculo afectivo que lo justifique⁴². Una de estas situaciones – parafraseando al autor Francés Jacques Bassoul⁴³ –, es la de niños discapacitados o con alguna enfermedad, donde las familias de acogida demuestran su intención por convertirse en padres adoptivos, lo cual resulta procedente dada la condición específica que funda la medida de acuerdo al artículo en comento.

En Argentina, por otra parte, el acogimiento familiar se aplica como medida de protección para niños que han padecido violación a sus derechos y/o cuyas familias no pueden hacerse responsables de su cuidado por distintas razones. Generalmente, el niño permanece en acogimiento familiar hasta que se reintegra a su familia de origen tras haber superado las causas que dieron origen a la separación⁴⁴. Con respecto al acogimiento familiar y la adopción, excepcionalmente, en los casos en que se decreta el estado de adoptabilidad de un niño que se encuentra siendo cuidado en acogimiento, el juez que lo decide puede tener en cuenta a la familia acogedora como posible familia adoptiva, sin que esto signifique que esta familia deba realizar la adopción. A partir de lo anterior, podemos concluir que si bien los acogedores no tienen una preferencia legal, se contempla la posibilidad de que el juez les conceda la adopción si el caso concreto lo amerita. De esta manera – en palabras de Silvia Fernández –, el tiempo ha sido factor determinante de resoluciones que importaron la convalidación judicial de situaciones de hecho consolidadas, aun por fuera de los mecanismos legales para la constitución de una adopción. Al amparo de la pretendida satisfacción del interés superior del niño se han fundado decisiones que en verdad se asientan en la observancia del tiempo transcurrido y la altísima dificultad de revertir situaciones que el tiempo “ha sentenciado”⁴⁵.

Por último, en Colombia dentro de las Medidas de Restablecimiento de los Derechos de NNA, se contempla su ubicación en un hogar sustituto. Ésta constituye una medida de protección provisional que toma la autoridad competente y consiste en la ubicación de un NNA en una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen (artículo 59 Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia). Debe decretarse por el menor tiempo posible según las

⁴² Ib.

⁴³ BASSOUL, Jacques, *Le placement en vue d'adoption, De l'agrément à la coopération*, N° 146, Caisse nationale d'allocations familiales (CNAF), (2008). Revista disponible en: www.cairn.info/revue-informations-sociales-2008-2-page-66.htm [Última consulta: 23 de agosto de 2016, 23:10 horas].

⁴⁴ Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar. *La situación de Acogimiento Familiar en Argentina. Informe Preliminar*. Disponible en: <https://www.relaf.org/AF%20en%20Argentina.pdf> [Última consulta: 19 de julio de 2016, 19:08 horas].

⁴⁵ FERNÁNDEZ, Silvia, *El desafío al tiempo en la adopción. Nuevas perspectivas del Código Civil y Comercial*, 2014. Disponible en el sitio web del Sistema Argentino de Información Jurídica: <http://www.saij.gob.ar/silvia-fernandez-desafio-al-tiempo-adopcion-dacf140862-2014-12-02/123456789-0abc-defg2680-41fcanirtcod> [Última consulta: 21 de julio de 2016, 13:10 horas].

circunstancias y en principio, no debe excederse los 6 meses, pero se contempla la posibilidad que el Defensor de Familia lo prorrogue, por causa justificada, hasta por un término igual al inicial, previo concepto favorable del jefe jurídico de la Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En definitiva, no se advierte preferencia legal para la solicitud de adopción de estas familias, y tampoco una regulación expresa ante esta eventualidad, tal como ocurre en nuestro país.

Consideramos que a nivel nacional un modelo de acogimiento familiar como el de Francia es adecuado para nuestra realidad nacional, pues reconoce como opción la adopción del NNA por parte de su familia guardadora cuando los vínculos afectivos establecidos entre ellos justifican esa medida, lo cual es un criterio que refleja claramente el interés superior del niño, debido a que es en consideración a tal vínculo afectivo que se concedería la adopción si el caso concreto así lo amerita. Sin embargo, esta regulación no ofrece una solución completa frente a estas situaciones, ya que ofrece un solo criterio para la concesión de la adopción y no criterios estandarizados en caso que una familia de acogida pretenda adoptar, por lo que la decisión quedaría entregada a la discreción del juez de familia y volveríamos a la incertidumbre. Creemos que la sola referencia al lazo afectivo como criterio para la concesión no es suficiente, sino que se debe complementar con otros que persigan el mismo fin – el interés superior del NNA –, como por ejemplo, un tiempo razonable de permanencia del niño bajo el cuidado de la familia acogedora, para evitar situaciones en que guardadores a una temprana edad decidan solicitar la adopción, primando en ese caso el interés de los adultos y no el de los niños; la edad del NNA, ya que debería concederse la adopción sin trabas a aquellas familias de acogida que tienen bajo su cuidado a NNA de edad más avanzada, pues es indiscutible que las familias del programa de adopción prefieren adoptar a niños pequeños, no habiendo, por tanto, familias dispuestas a su adopción; además, consideramos que debe ser oída la opinión del menor, de acuerdo a su edad y madurez.

3. Forma de superar el problema.

A continuación presentaremos el Proyecto de Ley que modifica el artículo 20 de la Ley N° 19.620 sobre Adopción de Menores, el cual pretende solucionar la problemática que hemos presentado. Sin embargo, al ser un proyecto de ley que se encuentra a la espera de la modificación integral del sistema de adopción, sugerimos en lo inmediato y al margen de éste, una forma de superar el problema con la normativa vigente al respecto y recopilando los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

- a) Proyecto de Ley que modifica el artículo 20 de la Ley N° 19.620 sobre Adopción de Menores, en relación con las familias de acogida⁴⁶.

El año 2013, el diputado Ramón Barros Montero junto con otros diputados⁴⁷, inició el Proyecto de Ley que modifica el artículo 20⁴⁸ de la Ley 19.620 sobre Adopción de

⁴⁶ Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9458&prmBL=9051-18 [Última consulta: 11 de junio de 2016, 12:35 horas].

Menores, en relación con las familias de acogida (Boletín N° 9051-18). Actualmente el artículo en comento sólo contempla como sujetos legitimados para solicitar la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, agregando otros requisitos, pero nada dice respecto de las familias de acogida como sujetos habilitados para solicitarla. Frente a esto, el proyecto propone incorporar a las familias de acogida en el inciso segundo del artículo 20 como personas legitimadas para participar en el procedimiento de adopción, concurriendo los requisitos para ser adoptantes, un año ininterrumpido a cargo del NNA y un vínculo efectivo de apego entre ellos.

De este proyecto disponible en el sitio web de la Cámara de Diputados, podemos extraer como fundamento principal el Interés Superior del Menor – reconocido en el artículo primero de la ley en comento –, que se debe tener en consideración para fallar causas en que familias o personas acreditadas como guardadoras intenten adoptar al menor bajo su cuidado manifestando y usando a su favor, que existe un vínculo de apego ya consolidado para con el NNA a su cargo y que por consiguiente, la separación o desvinculación entre ambas partes, resultaría extremadamente perjudicial para la integridad del menor en todo ámbito.

En mérito de lo expuesto, se estima pertinente regular, aun cuando sea de forma transitoria a la espera de una modificación completa al sistema de adopción en nuestro país, la posibilidad de que las familias guardadoras puedan tener la adopción, después de un período prudente de tiempo, cuando se cumplan con los mismos requisitos que son exigidos a las familias que quieren ser adoptantes, y evidentemente cuando exista un claro vínculo afectivo entre ambas partes.

El artículo primero del proyecto de ley en comento indica que: “No será impedimento para aquellas familias de acogida acreditadas por el Servicio Nacional de

⁴⁷ Proyecto iniciado en moción de las diputadas Señoras Cristi, Doña María Angélica; Rubilar, Doña Karla; Zalaquett, Doña Mónica; y de los diputados señores Barros, Bauer, Estay, Letelier, Rosales, Rojas y Von Mühlbrock, que “Modifica el artículo 20 de la Ley N° 19.620, sobre Adopción de Menores, en relación con las Familias de Acogida”. (Boletín n° 9051-18).

⁴⁸ Artículo 20 Ley N° 19.620: Podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones a que se refiere el artículo 6°, que sean mayores de veinticinco años y menores de sesenta, y con veinte años o más de diferencia de edad con el menor adoptado. Los cónyuges deberán actuar siempre de consuno en las gestiones que requieran de expresión de voluntad de los adoptantes.

El juez, por resolución fundada, podrá rebajar los límites de edad o la diferencia de años señalada en el inciso anterior. Dicha rebaja no podrá exceder de cinco años.

Los requisitos de edad y diferencia de edad con el menor no serán exigibles si uno de los adoptantes fuere ascendiente por consanguinidad del adoptado.

Tampoco será exigible el mínimo de años de duración del matrimonio, cuando uno o ambos cónyuges estén afectados de infertilidad.

En todo caso, no podrá concederse la adopción a los cónyuges respecto de los cuales se haya declarado la separación judicial, mientras esta subsista. En su caso, la reconciliación deberá acreditarse conforme lo dispone la Ley de Matrimonio Civil.

Menores o sus organismos acreditados, que al cabo de un año ininterrumpido a cargo de un niño, niña o adolescente, tengan posibilidad de participar en el procedimiento de adopción del menor, cuando cumpliendo con los mismos requisitos para ser adoptantes existiese además un vínculo efectivo de apego entre ellos”.

Consideramos que el proyecto aludido, si bien se hace cargo de la problemática existente, no es suficiente. Manifiesta que no es un impedimento para las familias de acogida participar en el procedimiento de adopción del menor, lo cual no es una novedad, pues actualmente se tramitan causas en que familias guardadoras solicitan la adopción del NNA bajo su cuidado, al no estar prohibido en ninguna normativa. Creemos que el enfoque debería estar en regular los criterios que se deben tener en consideración por el tribunal de familia para conceder o denegar la adopción, a lo que se refiere sólo superficialmente al señalar como criterios el año ininterrumpido a cargo del NNA, y el vínculo efectivo de apego entre los guardadores y el niño.

Se afirma que el Interés Superior del niño será el principio rector en esta materia, pero el artículo del proyecto de ley nada menciona al respecto, por tanto, creemos que no basta con los dos criterios mencionados, pues de ser así se podría llegar a soluciones que no sean del todo favorables para el menor, teniendo en consideración el Interés Superior de tal NNA, lo que no ocurriría si artículo se refiriera expresamente a éste. Un ejemplo de lo anterior sería el caso de una familia guardadora que cumpla con los requisitos establecidos en la Ley 19.620, el período de tiempo, y además el vínculo de apego, pero que el NNA pueda estar en mejores condiciones afectivas, económicas y de cuidado con una familia que está en el programa de adopción regular. O por el contrario, podría suceder que no se conceda la adopción a una familia de acogida que no ha logrado cumplir el período de 1 año ininterrumpido, y que el niño sea entregado con anterioridad al cumplimiento de este plazo a una familia adoptiva definitiva, causando igualmente daños en la integridad y estabilidad del niño. Las situaciones mencionadas se solucionarían al incluir – de forma expresa – al interés superior del NNA como un principio de especial trascendencia a considerar en cada caso, sin perjuicio de que los demás criterios sirvan de filtro sobre cualquier guardador que desee adoptar, al sentir exclusivamente ellos un vínculo afectivo al primer mes de cuidado del niño.

Por lo demás, creemos conveniente aludir a otros criterios que actualmente tienen en consideración los tribunales de familia al conocer de estas causas, como son, la condición de salud específica del NNA, edad, inexistencia de adoptantes, y los dos recogidos en el proyecto de ley – 1 año ininterrumpido junto al niño y el vínculo de apego –. Estimamos que incluirlos en un proyecto de ley facilitaría y solucionaría casos en que se presenten estas condiciones, de manera de brindar una regulación normativa que abarque la mayoría de situaciones que se podrían presentar, además de otorgar certeza jurídica a quienes pretendan la adopción, ya que actualmente no se sabe cuáles son las condiciones para esto, quedando a la sola discreción del juez de familia.

Sin embargo, este proyecto de ley se encuentra paralizado mientras no se apruebe el Proyecto de Ley de Reforma Integral al Sistema de Adopción⁴⁹. Frente a esto, es pertinente ofrecer una propuesta – que plantearemos más adelante – para solucionar la situación actual, con la normativa existente al respecto y recopilando los principios reconocidos a los NNA. En dicho sentido, en la siguiente sección, examinaremos ciertos principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

- b) Principios reconocidos a niños, niñas y adolescentes como criterios jurídicos para asignar la adopción.

Dado que la problemática anteriormente planteada no es posible resolverla a través del proyecto de ley, estimamos útil recurrir a los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, con el objetivo de proponer una forma de superar el inconveniente que genera el vacío normativo en esta materia.

- i. Interés superior del niño, niña o adolescente.

Previo a analizar este principio, profundizaremos el conflicto materia de este trabajo, presentando, para ello, un caso que ha sido de público conocimiento por los medios de comunicación, cuyo provecho es que precisamente, fue fallado en consideración al interés superior de Montserrat, la niña cuyos cuidadores eran el Carabinero José Luis Paredes Toledo y su pareja Jocelyn Bahamonde, quienes tenían bajo su cuidado a Montserrat desde los 6 meses por más de 2 años ininterrumpidos, habiéndose producido un vínculo de afectividad sustancial. El 14 de junio de 2013 los tribunales de familia de Puerto Montt, acogiendo la orden del Director Nacional del SENAME, establecieron que se debía hacer la entrega de la niña, pues correspondía realizar el enlace con el matrimonio elegido para su adopción. Con el fin de evitarlo, el Carabinero se fuga con Montserrat, haciéndose pública la situación en el país. En junio de 2013, el diputado Cristian Letelier Aguilar, interpuso recurso de amparo⁵⁰ a favor de Paredes contra el SENAME, fundado en que el interés superior de la niña se vería satisfecho bajo el cuidado de sus guardadores, y que se debería evitar que sienta nuevamente un abandono ya sufrido por sus padres biológicos. Finalmente, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt el 28 de junio rechaza el recurso interpuesto, esgrimiendo como argumento que el recurso de amparo constituye jurídicamente una acción cautelar, y que en la especie no se advierte que las resoluciones dictadas hayan infringido lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, sino que lo han sido en estrecho cumplimiento a la legislación procesal y sustantiva, y a la órbita de atribuciones del servicio en cumplimiento de una orden judicial.

⁴⁹ El 2 de octubre del año 2013 el Ejecutivo envió al Congreso Nacional un Proyecto de Ley de Reforma Integral al Sistema de Adopción, siendo su Boletín de Tramitación el N° 9119-18. Este proyecto recoge el trabajo que, por espacio de aproximadamente seis años, diversos actores del ámbito de la adopción han realizado, entre los cuales se encuentran organismos colaboradores acreditados del Servicio Nacional de Menores, jueces, académicos, parlamentarios y profesionales del mencionado servicio.

⁵⁰ Causa n° 54/2013 CA de puerto Montt 28 de junio de 2013. Disponible en: <http://vlex.com/vid/-456543122> [Última Consulta: 28 de marzo de 2016, 22:45 horas].

En julio de 2013, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt revocó la decisión del Tribunal de Familia de Ancud que había resuelto entregar la niña al SENAME y ordenó que se paralizara su proceso de adopción. El tribunal de alzada consideró las dos entrevistas de psiquiatras y otra de un psicólogo con la menor de tres años, que establecieron el estrecho vínculo que la niña tenía con sus cuidadores⁵¹. Además, se dispuso la realización de un peritaje a psicológico a Montserrat que permita establecer el real apego con la familia Paredes⁵².

Posteriormente, con fecha 28 octubre de 2013 el Tribunal de Familia de Ancud le otorgó a los guardadores – luego de acreditado el vínculo afectivo con éstos – el cuidado personal de la niña mientras obtenían su adopción. Finalmente, el 6 de junio de 2016 el Tribunal de Familia emitió sentencia definitiva en la causa y concedió la adopción de la niña al actual matrimonio Paredes Bahamonde.

Este caso merece analizar ciertas cuestiones relevantes. Empero, es preciso realizar previamente un alcance de este principio que nos permita comprender su significado. El interés superior del NNA se considera un principio vigente en la legislación chilena desde la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990⁵³. Si bien, este principio es un concepto jurídico indeterminado, puede afirmarse que con él se alude a amparar el derecho del NNA 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 origen⁵⁴.

Lo que se persigue a través de la adopción es que el menor encuentre una familia en la que pueda desarrollarse plenamente, como si se tratase de su familia biológica (artículo 1, inciso primero de la Ley 19.620). Asimismo, el artículo 1 inciso segundo del Reglamento de la ley agrega que el interés superior considerará su realización personal, espiritual y material, y el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de modo conforme a la evolución de sus facultades⁵⁵. La misma idea se recoge en el artículo 10 del Reglamento⁵⁶ en comento, al señalar que en todo proceso de adopción debe primar el beneficio del adoptado, por encima del interés de los adoptantes.

⁵¹ Disponible en: <http://vlex.com/vid/guardadores-montserrat-479142998> [Última consulta: 28 de junio, 14.05 horas].

⁵² Disponible en: <http://vlex.com/vid/carabinero-guardador-peritajes-menor-445689714> [Última consulta: 28 de junio, 15.03 horas].

⁵³ En nuestro país, la Convención fue promulgada como Ley de la República mediante Decreto N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicada el 27 de noviembre de 1990 en el Diario Oficial. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *El sistema filiativo Chileno* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2007), p. 29.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 226.

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ Artículo 10 Reglamento de la Ley N° 19.620: El proceso de evaluación para determinar la idoneidad física, mental, psicológica y moral de los postulantes como familia adoptiva, deberá privilegiar el interés superior del menor por sobre el interés de las personas interesadas en adoptar. Con dicho objeto, la referida evaluación deberá realizarse conforme a las pautas técnicas elaboradas por la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Menores.

El Estado de Chile al ratificar la Convención de los Derechos del Niño, se compromete a proteger y asegurar los derechos de la niñez, obligándose a estipular y concretar todas las medidas y políticas que correspondan, con consideración primordial al interés superior del niño, lo que implica que ni el interés de los padres, ni del Estado, puede ser considerado como el único interés relevante en el diseño de políticas y programas, y en la toma de decisiones que involucren o afecten a un NNA⁵⁷. De esta forma, los artículos 20 y 21 de la Convención⁵⁸ reflejan este principio rector.

Procediendo al análisis del caso presentado, en primer lugar, creemos que el plazo hasta el fallo que concede o deniega la adopción a una familia guardadora es excesivo, habiendo transcurrido más de 2 años desde la solicitud, lo que provoca incertidumbre para el nuevo núcleo familiar, y refleja que la ausencia de regulación normativa respecto de la situación tiene consecuencias relevantes en algo tan sensible como la estabilidad familiar del NNA, debiendo ser objeto de desapariciones para evitar que sea arrebatada de su familia de acogida, a quienes desde los 6 meses vio como sus padres. Es indudable que hubo errores internos por parte de SENAME al no supervisar oportunamente la situación y hacerse cargo de ello. Probablemente, una buena formación y preparación psicológica de los cuidadores habría evitado que éstos fuesen vistos por la niña como padres, pues son ellos mismos quienes le enseñaron a verlos en tales roles, sabiendo previamente que se trataba de un acogimiento de carácter transitorio. Sin perjuicio de las eventuales fallas del programa, es parte de la naturaleza humana generar vínculos afectivos, y el que puede generar un NNA – vulnerado en sus derechos previamente – con sus cuidadores, es de especial relevancia conservarlo, precisamente por proteger el interés superior del menor.

Otro aspecto que merece reparos en el caso en comento, es que una vez concedido el cuidado personal de Montserrat a sus guardadores, se exigió para conceder la adopción que éstos tuvieran dos años de matrimonio para proceder a la adopción – requisito que establece la Ley N° 19.620⁵⁹ –, razón por la cual tardo más la resolución de este caso, y sólo este año pudimos tener conocimiento de la sentencia definitiva del mismo, una vez cumplido tal requisito. Estimamos que la resolución sobre la solicitud de adopción, no debe enfocarse en

⁵⁷ cit. 29.

⁵⁸ Artículo 20 Convención de los Derechos del niño: 1. 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 especiales del Estado. 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Artículo 21 Convención de los Derecho del Niño: Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial (...).

⁵⁹ Artículo 20 inciso primero Ley N° 19.620: Podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones a que se refiere el artículo 6°, que sean mayores de veinticinco años y menores de sesenta, y con veinte años o más de diferencia de edad con el menor adoptado. Los cónyuges deberán actuar siempre de consuno en las gestiones que requieran de expresión de voluntad de los adoptantes.

el cumplimiento de este requisito temporal de duración del matrimonio, pues el fundamento debe ser en atención al interés superior del niño. De lo contrario, nos encontraríamos ante situaciones en que a una mujer soltera no se le conceda la adopción, pese a haber sido acreditada su idoneidad y lazo afectivo con el niño bajo su cuidado, lo cual resulta, en nuestra opinión, discriminatorio.

En lo concerniente al fondo del asunto, consideramos que es de esta situación excepcional⁶⁰ – apego del NNA con sus guardadores – de la que hay que hacerse cargo, pues aunque tengan su origen en fallas del SENAME, o en la propia naturaleza del ser humano, no es el niño quien debe sufrir las eventuales consecuencias desfavorables que de ello se sigan. En tal sentido, con mayor razón es necesario subsanar la ausencia de regulación respecto a la posibilidad de adopción por parte de sus guardadores. Mientras tanto, no resulta adecuado realizar una interpretación rígida de las disposiciones vigentes en este ámbito, pues no refleja en ningún caso el espíritu de la ley, que es precisamente resguardar el interés superior del NNA que fluye de la Convención de los Derechos del niño.

A partir de lo anterior, es menester observar lo que establece la Convención en su artículo 3⁶¹, pues de esta disposición podemos concluir que se otorga al interés superior del niño un carácter fundamental, con un rol jurídico definido, que se proyecta no sólo al ordenamiento jurídico, sino también hacia las instituciones públicas y privadas de bienestar social⁶². Lo anterior, permite asignar una triple función al principio señalado: es una garantía para el menor, debido a que toda decisión que concierna al niño debe considerar, fundamentalmente, sus derechos; es una norma orientadora que no sólo obliga a los legisladores y jueces, sino a todas las instituciones públicas y privadas; y es una norma de interpretación y de resolución de conflictos⁶³.

En este contexto, el interés superior del niño es un criterio de adjudicación de litigios⁶⁴, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 242 inciso segundo del Código Civil⁶⁵ y en

⁶⁰ Debido a que el Coordinador de la Unidad de Adopción nos señaló que no todos los guardadores solicitan la adopción del niño que cuidan, de hecho, en ocasiones SENAME les pide que soliciten la adopción, pues por la edad, condiciones de salud complejas, e inhabilidad de sus padres, no es posible el egreso del programa. Además, es excepcional, en consideración a las cifras aludidas anteriormente (cita n° 2).

⁶¹ Artículo 3.1. Convención de los Derechos del niño: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

⁶² GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, cit. (n.31), p. 41.

⁶³ CILLERO BRUÑOL, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención de los Derechos del Niño*, en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, (Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, Ed. Temis-Ediciones Depalma), pp. 80-81, cit. por GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, cit. (n.31), p. 42.

⁶⁴ RODRÍGUEZ, María Sara, *La atribución del cuidado personal de los niños en el nuevo derecho chileno de familia*. Revista del Magister y Doctorado en Derecho, n° 4, 2011. Disponible en: <http://www.rmdd.uchile.cl/index.php/RMDD/article/download/18710/28606> [Última consulta: 10 de junio de 2016, 20.43 horas].

⁶⁵ Artículo 242 inciso 2 Código Civil: En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

el artículo 16 de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia⁶⁶. Fue así como el tribunal de familia de Ancud concedió la adopción de Montserrat, acogiendo como principal argumento que el interés superior de la niña se vería satisfecho junto a ellos.

Otro fallo que resuelve a favor del interés superior del niño, es el de la Corte Suprema en la causa rol N° 9088/2011 del 28 de febrero de 2012, a propósito de un recurso de casación en el fondo interpuesto por el SENAME por infracción del artículo 20 de la Ley N° 19.620, respecto de las personas legitimadas para adoptar – en particular, la edad de los adoptantes –, pues uno de los cónyuges tendría sesenta y dos años, siendo la edad límite para adoptar de sesenta. De esta forma, en el considerando duodécimo la Corte Suprema expone lo siguiente: “7° *Que, en este sentido, cabe señalar que la interpretación que los jueces del fondo han realizado respecto de la norma materia de la controversia resulta armónica, al perseverar una coherencia lógica y axiológica del sistema jurídico, se ajusta plenamente al principio "favor libertatis", en cuya virtud se prefiere entre diversas opciones la que restringe en menor medida el derecho cautelado, primando la norma más favorable a la persona y permite la adaptación del derecho a las exigencias de bien común de la vida social. Por otro lado, también respeta el principio del Interés Superior del Niño, desde que amplía la posibilidad de otorgar el amparo y protección de la Adopción, al permitir la participación de más personas en estos procedimientos, en la medida que cumplan las demás exigencias legales y condiciones habilitantes.*”⁶⁷ En definitiva, en relación con el acogimiento familiar, podríamos incorporar a los guardadores como personas aptas para obtener la adopción del NNA que han tenido bajo su cuidado, pese a su omisión en el artículo 20 de la Ley N° 19.620, esto, en atención al interés superior del niño.

En síntesis, es relevante incorporar expresamente como criterio de resolución de conflictos judiciales el interés superior del NNA, – aun cuando tiene vigencia en Chile por estar ratificada la Convención – de manera que ante situaciones de conflicto entre guardadores y adoptantes definitivos, se le dé prioridad – sin lugar a discusión alguna –, a junto a quién sería mejor satisfecho el interés del futuro adoptado, y no al interés de quienes quieren adoptarlo. Análisis que, cabe señalar, debe ser realizado en atención a las condiciones particulares de cada niño, pues el interés superior será distinto en cada caso.

ii. Otros principios.

En armonía con el interés superior del NNA, encontramos otros principios que lo complementan, estos son, el derecho del niño a dar su opinión, y el derecho del niño a la

⁶⁶ Artículo 16 Ley sobre Tribunales de Familia: Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

⁶⁷ TURNER SAELZER, Susan, *Sentencia sobre adopción: ¿Y el interés superior del adoptado en el caso concreto?* (Corte Suprema), Jurisprudencia comentada, Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XXV - N° 1 - Julio 2012, pp. 253-263. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000100013 [Última consulta: 08 de agosto de 2016, 12.40 horas].

estabilidad y a desarrollarse en familia. Justamente, respecto del primero, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en la Observación General N° 14 (2013) “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, ha determinado que existe un vínculo de complementariedad entre el derecho a ser oído y el interés superior del niño, de manera que para aplicar correctamente el artículo 3 de la Convención es condición *sine qua non* que los componentes del artículo 12 – del mismo cuerpo normativo – se respeten, a su vez, la aplicación correcta del artículo 12 comprende la necesaria evaluación y determinación del interés superior. Ambos principios generales son, por tanto, interdependientes⁶⁸.

El derecho del niño a dar su opinión y a otorgar su consentimiento respecto de su adopción, en función de su edad y grado de madurez, es otro principio informador de la Ley 19.620 en su artículo 3⁶⁹, y en artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño.

De acuerdo con la Observación General N° 13 (2011) “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia” del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en todas las medidas y etapas de la intervención con NNA, se debe hacer efectivo, “el reconocimiento del niño como titular de derechos y no como beneficiario de la benevolencia de los adultos”, lo que se expresa en el respeto a los niños y la consulta y cooperación con ellos, así como su intervención en la elaboración, la ejecución, la vigilancia y evaluación de las medidas específicas, teniendo en cuenta la edad y la evolución de éstos⁷⁰.

La Ley no prescribe a partir de qué edad debe ser consultado ni cuándo tiene madurez. Es así, que para determinarlo es necesario distinguir si se trata de un menor adulto o de un niño. Si estamos frente a un niño, será necesario hacer una valoración psicológica; y en caso de tratarse de un menor, es menester contar con su consentimiento, que se manifestará, expresamente, en forma personal ante el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción y en el curso del procedimiento de la adopción⁷¹.

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley establece una excepción en el artículo 3 inciso 2, al permitir que pese a la negativa del menor adulto a la adopción, el juez la considere

⁶⁸ RIETHMÜLLER HARLAND, María Gloria, *El derecho a ser oído y el interés superior del niño en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Noticia del Mercurio Legal (13 de julio de 2016). Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2016/07/13/El-derecho-a-ser-oído-y-el-interés-superior-del-niño-en-el-Derecho-Internacional-de-los-Derechos-Humanos.aspx> [Última consulta: 31 de julio de 2016, 20.09 horas].

⁶⁹ Artículo 3 Ley N° 19.620: Durante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez.

Si fuese menor adulto, será necesario su consentimiento, que manifestará expresamente ante el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción, en relación con la posibilidad de ser adoptado, y en el curso del procedimiento de adopción, respecto de la solicitud presentada por el o los interesados. En caso de negativa, el juez dejará constancia de las razones que invoque el menor. Excepcionalmente, por motivos sustentados en el interés superior de aquél, podrá resolver fundadamente que prosiga el respectivo procedimiento.

⁷⁰ cit. 8.

⁷¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, cit. (n.31), p. 230

conveniente y la otorgue. En tal caso, deberá dejar constancia de las razones que invoque el menor y fundamentará los motivos por los que la otorga.

Cabe precisar que esta norma no obliga al juez a seguir la opinión del menor, sino solamente a escucharla y tenerla en consideración al momento de resolver, y en consecuencia, no se vulneraría con esta excepción el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, que consagra el derecho de los niños, que estén en condiciones de formarse juicio propio, a expresar su opinión libremente en los asuntos que los afecten y a que se tenga debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez. El Estado deberá garantizar al niño la realización de este derecho y darle oportunidad de ser escuchado en procedimientos judiciales o administrativos que lo afecten, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Por su parte, la Ley N° 19.968 en su artículo 16 inciso segundo, señala que el derecho del niño a ser oído es un principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Es un hecho público y notorio que el fortalecimiento afectivo y las relaciones entre el guardador y el niño sometido a su cuidado también pueden dar lugar a una relación estrecha, cuya terminación puede provocar un grave menoscabo espiritual para el niño. Para acreditarlo se debe escuchar la opinión del menor y realizar peritajes psicológicos, tal como exigió la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en el caso de Montserrat.

Consideramos que este principio adquiere relevancia, principalmente, en aquellos casos en que se compruebe la existencia efectiva del vínculo de apego entre guardadores con el NNA bajo su cuidado, pero que esté mayormente dado por el afecto que la familia siente respecto del niño, mas no al revés. Por esto creemos apropiado tener en consideración este principio, y evitar conceder adopciones en que la voluntad del niño – en casos condicionada o influenciada por los cuidadores – no es continuar con estas personas, o casos en que efectivamente acreditando la existencia de un vínculo afectivo de envergadura del NNA hacia sus cuidadores, se prefiera a los cuidadores para ser padres adoptivos en consideración a lo expresado por el niño.

Otro principio es el reconocido en las Bases Técnicas del Programa de Familias de Acogida del Departamento de Protección de Derechos del SENAME⁷², de febrero del año 2012, las cuales reconocen como principio rector del programa el derecho del niño a la estabilidad y a desarrollarse en familia, que consiste en evitar la alteración de la continuidad de la crianza y educación del NNA, para un desarrollo armónico de su personalidad hasta la madurez⁷³.

⁷² cit. 2.

⁷³ Concepto construido a partir de las ideas recogidas en texto de RODRÍGUEZ, María Sara: *La atribución del cuidado personal de los niños en el nuevo derecho chileno de familia*, cit. 64.

Este principio es igualmente relevante y se encuentra en estrecha relación con el principio rector en esta materia, vale decir, el interés superior del niño, pues el Programa de Familias de Acogida tiene como sujetos de atención NNA que han sido vulnerados en sus derechos, de manera que su residencia junto a una familia alternativa que les brinda cuidado y contención es de suma importancia para el desarrollo de su personalidad. Esta estabilidad lograda junto a sus guardadores sería alterada cuando SENAME al percatarse de un vínculo afectivo de cierta entidad, decida remover al niño, que ha estado bajo el cuidado de aquéllos, a otra familia de acogida, o sea puesto en un hogar residencial del SENAME. Ambas soluciones adoptadas internamente por el servicio son desfavorables para el NNA y no observan su interés superior, por lo que muchas veces se opta por prorrogar el plazo de residencia del niño mientras se solucionan los problemas de la familia de origen, o se encuentra una familia adoptiva definitiva.

En definitiva, al respetar el derecho del niño a la estabilidad y a desarrollarse en familia, se genera otra dificultad que no podemos desconocer, esto es, un mayor tiempo de residencia del NNA con sus guardadores forja una mayor vinculación afectiva. Juzgamos que la actuación de SENAME debe orientarse a observar en todo caso los principios recogidos en la Convención de los Derechos del Niño, ya que ignorarlos por preferir lo establecido en las Orientaciones y Bases Técnicas del Programa, implica infringir la obligación internacional asumida por Chile al ratificar la Convención aludida.

c) Sugerencias para enfrentar esta problemática.

Como hemos enunciado, existe un vacío normativo respecto a la posibilidad de que familias de acogida adopten al niño que han tenido bajo su cuidado, de lo cual se derivan las siguientes consecuencias: se carece de claridad respecto a si los guardadores efectivamente puedan adoptar, y de ser así a qué procedimiento deberían ceñirse; además, de presentarse esta situación, hay una excesiva discrecionalidad judicial al momento del fallo de cada causa, pues ninguna norma establece los criterios a los que debe atenerse el juez de familia; y por último, una inevitable vulneración de los derechos de NNA.

Frente a lo anteriormente planteado, sugerimos colmar este vacío a partir de los principios examinados y considerando la actual normativa al respecto, de manera que en la eventualidad de presentarse la situación en que guardadores deseen adoptar al niño que han acogido, puedan lograrlo, pero siempre procurando proteger y promover los derechos de los NNA.

En primer lugar, debemos tener en consideración que todo proceso judicial implica una suma de tiempo, y en el contexto de una infancia vulnerada, es relevante que el NNA se desarrolle en un ambiente familiar estable, por lo que una fracción de tiempo en que el tribunal de familia competente esté conociendo de una causa de solicitud de adopción por parte de una familia de acogida, es mucho más determinante para la continuidad de vida del niño.

Actualmente, una familia de acogida procede a la adopción dirigida del NNA que ha tenido bajo su cuidado, mediante una regularización de la situación ante el tribunal de familia cuando se justifica esta medida para su egreso del programa, atendiendo a la

condición particular de cada niño – salud, edad, ausencia de otra familia adoptiva, entre otras – llevando adelante tal solicitud en conjunto y con el respaldo de SENAME. En definitiva, esta es una vía en que se concluye el procedimiento de adopción con el mero examen de idoneidad a los guardadores, que los habilita para ser padres adoptivos del NNA. Sin embargo, este es un escenario ideal en que SENAME fundamenta y respalda la situación, pero quedan al descubierto realidades como la de Montserrat en que SENAME pretende hacer el enlace con una familia del programa de adopción, para que procedan a su adopción definitiva, o podría ser que SENAME sugiera, dadas las circunstancias, el traslado del niño a otra familia de acogida o a un centro residencial del mismo Servicio⁷⁴ y, por tanto, deben dejar a su familia de acogida pese a que su interés superior se vea satisfecho junto a ésta.

Una medida que se podría adoptar para velar por la continuidad del NNA con su familia guardadora – cuando ésta ya ha decidido perseguir la adopción –, es solicitar el cuidado personal del niño, conforme al artículo 226 del Código Civil, que prescribe que podrá el juez en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2 del mismo cuerpo legal. Entre estos criterios, encontramos la vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar (letra a); la aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad (letra b); la opinión expresada por el hijo (letra f); cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo (letra j).

En mérito de lo expuesto, no habría impedimento – considerando los criterios del artículo 225-2 – para conferir el cuidado personal del NNA a la familia guardadora, y posteriormente, una vez cumplidos los requisitos, la adopción, de manera que no se perturbe la estabilidad del menor, pasando por centros residenciales de SENAME, u otras familias de acogida mientras se resuelve la situación particular del NNA por el tribunal de familia.

El problema de lo anterior es que aunque esta posibilidad es contemplada en las Orientaciones Técnicas del Programa de Familias de Acogida Administración Directa, queda entregado a los directores de cada programa comunicar a las familias de acogida las exigencias o requisitos judiciales para solicitar el cuidado personal. Frente a esto, no nos parece adecuado que quede a discreción de los directores ofrecer esta posibilidad, toda vez que son los cuidadores los que deben decidir – previa acreditación del lazo afectivo con el NNA – si desean optar por su cuidado personal, y posteriormente la adopción, siempre que así lo sugiera el interés superior del niño.

No obstante, la situación no parece ser tan sencilla en aquellos casos en que existe, simultáneamente, una familia adoptiva esperando la adopción del NNA, pues nos

⁷⁴ Nos referimos, por ejemplo, a situaciones en que profesionales de SENAME detectan que la relación entre los guardadores y el NNA trasciende el parámetro de transitoriedad propio del programa de familias de acogida, y deciden remover al niño de dicho entorno para evitar que procedan a la adopción.

enfrentaríamos ante dos familias que persiguen un mismo fin, vale decir, la adopción del niño. Por un lado, una de estas familias tuvo la posibilidad de interactuar tempranamente con el NNA, y en consecuencia, ha establecido lazos afectivos. Sin embargo, no han pasado un examen de idoneidad para ser padres adoptivos; y por otro lado, una familia calificada como idónea y que ya cuenta con todos los requisitos legales para adoptar, pero que no ha tenido la posibilidad de compartir con el niño. Frente a esta situación, o una similar, será el tribunal de familia, o la Corte de Apelaciones si se recurre de apelación, el que deberá decidir la cuestión, pero siempre velando no por los intereses de los adultos que aspiran a quedarse con el niño, sino que por el interés superior del niño. Recordemos que el objetivo primordial de la adopción, no es dar un hijo a quienes desean uno, sino dar una familia apta al niño o niña que carece de ella.

En definitiva, realizando una interpretación integral y sistemática de los principios reconocidos – en normativa nacional e internacional – a los NNA, lograríamos colmar el vacío respecto a la posibilidad de adoptar, considerándose un evento factible si es en atención al interés superior del niño, el cual es un concepto flexible que debe ser definido y determinado por el juez de familia en el caso concreto, en atención a las circunstancias particulares de cada niño.

II. OTROS PROBLEMAS DETECTADOS.

Otros aspectos cuestionables que influyen de manera más o menos directa en que se genere esta situación de apego, y consecuente interés por adoptar a los NNA que han estado bajo el cuidado de familias de acogida, son aquellos relacionados con el funcionamiento interno del SENAME.

1. Respetto del rol que cumple el Servicio Nacional de Menores.
 - a) Mejor selección y capacitación psicológica de los guardadores.

El equipo de profesionales del Programa de Familias de Acogida realiza una selección especializada de la familia que acogerá al NNA. Es importante considerar que la familia es seleccionada para cada niño o niña en particular, de acuerdo a sus necesidades y características⁷⁵. Sin embargo, como mencionamos en el capítulo anterior los requisitos para ser familia de acogida se resumen a lo que el sitio web de SENAME señala, siendo éstos bastante amplios, sin reconocimiento en alguna norma de carácter legal o administrativa.

En un Informe Final⁷⁶ realizado por Víctor Martínez Ravanal el año 2011, respecto al programa de familia especializada de SENAME, afirmó que la familia externa no es especializada, entre otras razones, porque sus principales criterios de selección tienen que ver más bien con la disponibilidad, vocación, voluntad, solidaridad, etc., y secundariamente

⁷⁵ cit. 17.

⁷⁶ cit. 3.

con sus capacidades y competencias. Por lo que no son familias técnicamente capacitadas para asumir este rol.

El Coordinador de la Unidad de Adopción de SENAME Valparaíso, nos indicó que el nivel exigido para ingresar al Programa de Familias de Acogida es una idoneidad inferior a la que se exige a los padres que desean adoptar de forma regular, por lo que si desean adoptar al NNA acogido deben someterse nuevamente a un examen de idoneidad.

Creemos, en primer lugar, que los requisitos para ser familia de acogida deben estar consagrados en alguna Orientación Técnica, pues no basta con la mera referencia en el sitio web de SENAME respecto a las cualidades que deben reunir las personas que asumirán el cuidado de niños que han sufrido vulneración en sus derechos. Además, creemos necesario un cambio al interior del SENAME para superar o evitar este problema, en el sentido de elevar el nivel de selección de las personas o familias que serán acreditadas como guardadores, de manera que al momento de ocurrir igualmente esta situación excepcional en que deciden solicitar la adopción, tengan cumplido el requisito de idoneidad que establece la Ley N° 19.620, o bien, si no tienen el mismo nivel, uno similar. De esta forma, serían en todo aspecto personas más capacitadas y competentes para el cuidado del NNA acogido.

Aparte de la información entregada a los guardadores acreditados por el SENAME, consideramos que también se debe informar y evaluar a todo el grupo familiar que rodeará al NNA, porque podría ser que los guardadores tengan claro el carácter transitorio del programa, pero los hijos, abuelos, primos, y otros que formen parte del entorno familiar no lo consideren así. Por tanto, el trabajo realizado por los profesionales de SENAME debe dirigirse a todo el grupo familiar que rodeará al NNA.

b) Falta de supervisión.

Las Bases Técnicas del Programa de las Familias de Acogida de febrero del año 2012, se refiere en su Anexo A, al monitoreo de la familia de acogida que acoge al niño/a y supervisión, y señala que la institución debe monitorear permanentemente los resultados del acogimiento familiar en relación a las necesidades de los NNA usuarios/as del programa, de forma de realizar las acciones necesarias en caso de verificarse dificultades, y/o realizar apoyos y fortalecimiento de las prácticas de familia.

Al inicio la intervención se orientará a apoyar al niño/a en su adaptación al nuevo sistema familiar donde vivirá, asegurando la realización de visitas a la familia de acogida y el contacto personal con el niño/a. El equipo técnico del programa evaluará la factibilidad de incrementar la frecuencia de visitas durante el período inicial, siendo deseable que las visitas durante el primer mes se realicen semanalmente, el segundo mes en forma quincenal y una vez constatada la adaptación del NNA en la familia de acogida, en la periodicidad definida por el equipo de intervención, la que no debe ser menor a una visita trimestral, en forma adicional a los procesos de capacitación e intervención⁷⁷.

⁷⁷ cit. 2.

Asimismo, el monitoreo, apoyo y supervisión a las familias de acogida debe realizarse en un clima positivo y de colaboración, que reconozca y valore el aporte de las familias de acogida en la situación particular de la cual se trate. Este aspecto se considera de máxima importancia y define para la institución el requerimiento de contar con recurso humano idóneo.

Claramente este es el ideal que nos presenta las Bases Técnicas del SENAME, pues en una entrevista con el Coordinador de la Unidad de Adopción, éste manifestó que en muchas oportunidades las visitas domiciliarias periódicas no son posibles por la movilidad de los funcionarios y trabajadores de SENAME, quienes no se comprometen lo suficiente y dejan causas sin finalizar. Esta rotación de profesionales afecta directamente la continuidad en la evaluación de las familias de acogida, y repercute de manera grave en la consecución de las metas elaboradas en el proceso de intervención con los NNA.

El mismo nudo crítico es percatado por las Propuestas para Chile 2013 de la Pontificia Universidad Católica de Chile, y señala que si una rotación constante del equipo profesional a cargo es perjudicial, una relación consistente (frecuentes visitas del profesional, ofreciendo permanente apoyo, especialmente en situaciones de crisis) suele impactar positivamente los resultados del programa. Las familias de acogida también valoran en los profesionales la honestidad, los límites en la intrusión familiar, la provisión de información y la inclusividad en la toma de decisiones relativas al niño/a. Por cierto, estas características de los profesionales remiten a su especialización, pero también a cuestiones organizacionales como el número de casos asignados⁷⁸.

En general, los programas presentan dificultades para reclutar y retener a profesionales especializados y una dotación adecuada, dadas las precarias condiciones laborales, bajos salarios y la dificultad de la tarea, hacen poco atractivo el campo laboral en esta área para profesionales especializados, generándose un predominio de profesionales jóvenes y sub-especializados, y una alta rotación.

Creemos que una manera de lograr el ideal planteado podría ser a través de la contratación de más profesionales, pues les podrían ser asignados casos en un número prudente, lo que lograría abordarlos de forma suficiente y realizar una intervención adecuada. Asimismo, debe mejorarse la selección de estos profesionales, concurriendo en ellos un conocimiento amplio en intervenciones familiares, pues se trata de una realidad que requiere profesionales especializados para la superación de estas problemáticas. Además, sería conveniente el ofrecimiento de incentivos económicos a los profesionales, con lo que se conseguiría la motivación de éstos en continuar en sus puestos de trabajo y evitar la rotación.

c) Tiempo de permanencia.

Como mencionamos en el capítulo anterior el programa de familia de acogida es de carácter transitorio, y el plazo de intervención dependerá del tiempo requerido para

⁷⁸ cit. 35.

desarrollar procesos que logren el egreso exitoso en cada caso, lo que deberá ser dictaminado por el respectivo tribunal de familia y trabajado directamente por los proyectos de atención del programa. Tiempo que de todas maneras no debiera superar los 24 meses, salvo situaciones en que se justifique la necesidad de aumentar este plazo.

En el período de octubre 2013 a mayo 2014, SENAME evaluó el diseño técnico del programa de Familia de Acogida y realizó un análisis cuantitativo y cualitativo de los resultados y una aproximación a sus efectos. La evaluación permitió identificar que un 56,3% de los NNA egresa del programa en un tiempo superior a los dos años; y un 22,3% egresa después de cuatro años de permanencia⁷⁹.

No deja de llamar la atención las cifras anteriores, debido a que este plazo de 24 meses se prorroga a 2 años en la mayoría de los NNA que forman parte del programa. Esto se debe a la imposibilidad de una recuperación temprana de la familia de origen para desempeñar el cuidado de su hijo, el prolongado tiempo hasta la declaración de susceptibilidad de adopción del niño, o la inexistencia de una familia adoptiva definitiva.

Nos referiremos a la regulación en derecho comparado de este factor temporal, con el objeto de sugerir – a partir de la experiencia internacional – un tiempo de permanencia prudente a nivel nacional.

En Colombia, el artículo 59 del Código de la Infancia y Adolescencia señala que el acogimiento familiar debe decretarse por el menor tiempo posible según las circunstancias, y en principio no debe exceder los 6 meses. Sin embargo, El Defensor de Familia podrá prorrogarla, por causa justificada, hasta por un término igual al inicial, previo concepto favorable del Jefe Jurídico de la Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

En Argentina la Ley N° 26.061 sobre la Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en su artículo 39⁸⁰ señala que las medidas excepcionales – donde encontramos el acogimiento familiar – son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen, se desprende que es necesaria la evaluación periódica de la medida de acogimiento y de la evolución de la revinculación del niño con su familia de origen para determinar la necesidad o no su continuidad. La medida de colocación en familia de acogimiento es revisada por el poder estatal (judicial o administrativo) que haya decretado la realización de esa medida excepcional⁸¹. Como observamos, en este caso no se contempla un período específico de duración.

⁷⁹ cit. 29.

⁸⁰ Art. 39 Ley N° 26.061: Medidas excepcionales. Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio.

Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen.

⁸¹ cit. 44.

Por su parte, en España el acogimiento familiar de tipo simple tiene una duración prevista de 6 meses. Pero el tiempo efectivo de permanencia es alrededor de 3 años y medio⁸².

En definitiva, debemos distinguir entre la duración del acogimiento previsto y el real. De este modo, en todos los ordenamientos mencionados el tiempo presupuestado es inferior – 6 meses – al que contempla el Programa de Familias de Acogida de Chile, no obstante, al momento de analizar el tiempo de permanencia real éste es prorrogado alcanzando incluso los 3 años.

La Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar⁸³ (RELAF) reconoce que, si bien el artículo 25 de la Convención de los Derechos del Niño⁸⁴ obliga a la revisión periódica de la medida y varios países han establecido tiempos máximos para una medida de separación excepcional, ante dificultades del sistema – escasez de políticas de apoyo a las familias de origen o para la sensibilización de la comunidad en la búsqueda de familias adoptivas para adolescentes o niños y niñas con discapacidad –, estos tiempos se prolongan sin una solución definitiva. También puede suceder que las expectativas de recuperación de las capacidades de la familia de origen no se cumplan, que no se encuentre una familia adoptiva, o que haya diversas circunstancias vitales de las familias y de los niños o niñas no atribuibles a “fallas del sistema”. Por lo tanto, ante tales situaciones y priorizando la necesidad del niño o niña, con respeto hacia el vínculo establecido con la familia acogedora, es aceptable que el acogimiento continúe. Así, la extensión no es un tema que preocupe a priori, siempre que sea la mejor opción para ese niño o niña y que los equipos no hayan detectado que la familia de acogimiento intenta obstaculizar los procesos de definición⁸⁵.

Por tanto, como advertimos, los tiempos institucionales para la definición de la situación del NNA muchas veces prolongan el acogimiento a lapsos que se miden en años,

⁸² F. DEL VALLE, Jorge, LÓPEZ, Mónica, BRAVO, Amaia, *El acogimiento familiar en España. Una evaluación de resultados*. Observatorio de la infancia. Disponible en: <http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/documentos/AcogimientofamiliaEspana.pdf> [Última consulta: 20 de junio de 2016, 00.05 horas].

⁸³ En el sitio web de RELAF encontramos que el objetivo de esta organización es velar por el derecho a la convivencia familiar y comunitaria de niñas, niños y adolescentes. Promueve y apoya las estrategias de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, respecto de la restauración de ese derecho, considerando que la falta de políticas en ese sentido constituyen violencia político-institucional y social que vulneran a miles de niñas, niños y adolescentes en América Latina. Disponible en: <http://www.relaf.org/elproyecto.html#uno> [Última consulta: 19 de julio de 2016, 20.05 horas].

⁸⁴ Artículo 25 Convención de los Derechos del niño: Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

⁸⁵ KAPUSTIANSKY, Federico Ezequiel, *Acogimiento Familiar. Guía de estándares para las prácticas*. Este documento fue realizado por RELAF (Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar), con la cooperación de UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia). Disponible en: <https://www.relaf.org/materiales/Acogimiento%20Familiar.pdf> [Última consulta: 26 de junio de 2016, 18:10 horas].

por lo que una reducción a nivel nacional del tiempo de permanencia del NNA en una familia de acogida, no es la solución para evitar que se genere esta situación, pues en la práctica se prorrogaría.

Las soluciones que podríamos plantear para cumplir con el tiempo planteado es que efectivamente el NNA permanezca bajo el cuidado de la familia de acogida los 6 meses – en el caso extranjero – o 24 meses – en el caso chileno –, y una vez cumplido el plazo, en caso de ser imposible el retorno del niño con su familia de origen o su inserción en una familia adoptiva definitiva, se debe remover al NNA de sus guardadores y trasladarse a otra familia de acogida, y así sucesivamente hasta que se resuelva la situación particular del niño. El problema de esta solución es que vulnera el derecho del niño a la estabilidad y a desarrollarse en familia, pues por respetar lo que establece la normativa interna del SENAME se contraviene el espíritu de la ley, que es el interés superior del niño reconocido en la Convención de los Derechos del niño y en diversas leyes nacionales.

En síntesis, siendo fieles a la regulación nacional e internacional, corresponde observar en todo evento el interés superior del niño, y si como consecuencia del tiempo de permanencia prolongado se genera un apego del NNA hacía sus guardadores, que, en un eventual proceso de desvinculación de su familia de acogida provoque daños irreparables para el niño, se deberá conceder la adopción, obviamente acreditando previamente la existencia de vinculación afectiva a través del derecho del niño a ser oído y a las pruebas periciales realizadas. De esta manera, llenaríamos este vacío normativo a través de una interpretación integral y sistemática de los derechos del niño, reconociendo su derecho a la estabilidad familiar, a ser oído, y en definitiva, el principio rector primordial, vale decir, el interés superior del NNA.

CONCLUSIONES

1. El Programa de Familias de Acogida forma parte del compromiso del Estado en orden a brindar asistencia y protección a niños, niñas y adolescentes privados de cuidados parentales. Además, las familias guardadoras se configuran como una opción preferencial y alternativa a los sistemas de centros residenciales del Servicio Nacional de Menores, debido a los beneficios para el niño al contar con una atención personalizada, a través del desarrollo integral al interior de una familia.
2. Existe una estrecha relación entre la institución de la adopción y las familias de acogida, pues ambas tienen como función la protección de niños que carecen de un medio familiar que les brinde la protección debida. Sin embargo, su diferencia es evidente, la más relevante es que la primera figura tiene efectos permanentes, y la segunda es eminentemente transitoria, es decir, la familia acogedora debe facilitar el retorno del NNA a su núcleo familiar de origen. Sin perjuicio de esto, es frecuente que el Servicio Nacional de Menores extienda el período de permanencia de los niños en su familia de acogida, mientras se resuelve su situación particular para el egreso. El problema de esta prórroga es que se generan lazos afectivos de envergadura, dando lugar al interés de adoptar por parte de los guardadores.
3. En nuestro país existe un vacío normativo respecto de la posibilidad de que una familia de acogida adopte al NNA que ha tenido bajo su cuidado, lo cual es inconveniente y genera diversas consecuencias. En primer lugar, no hay certeza para los guardadores respecto a si efectivamente pueden adoptar al NNA bajo su cuidado, derivado de lo anterior, de ser una posibilidad no hay un procedimiento al cual ceñirse para obtener la adopción. Además, los tribunales de familia resuelven con excesiva discrecionalidad las causas que llegan a su conocimiento al no existir criterios que encausen su sentencia, por lo que resultan vulnerados diversos derechos de los NNA.
4. Actualmente, una familia de acogida que pretende la adopción del NNA acogido, debe enfrentarse a la posibilidad de que el niño sea trasladado a otra familia de acogida, a un centro residencial del SENAME, o a su adopción definitiva por una familia del programa de adopción. Proponemos para evitar la discontinuidad del cuidado y la vulneración del derecho del niño a la estabilidad, solicitar su cuidado personal conforme los artículos 226 y 225-2 del Código Civil ante el tribunal de familia competente – previa acreditación del vínculo afectivo –, mientras se continúa con los trámites y exámenes de idoneidad para la adopción. De esta manera, el escenario respecto al procedimiento al cual deben ceñirse los guardadores para obtener la adopción parece más claro y, al mismo tiempo, brinda certeza y seguridad de que el nuevo núcleo familiar no será separado.
5. Respecto a la posibilidad de adoptar, el procedimiento a seguir y la resolución por los tribunales de familia, proponemos, para superar la problemática, recopilar los principios reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, consagrada en nuestro ordenamiento jurídico desde el año 1990. Nos referimos,

específicamente, al interés superior del NNA, el derecho a ser oído, y al derecho del niño a la estabilidad y a desarrollarse en familia, principios que nos servirán como criterios jurídicos para proceder a la adopción y encauzar la decisión judicial por los tribunales de familia. En definitiva, frente a situaciones excepcionales en que como resultado del tiempo de permanencia prolongado del niño a cargo su familia guardadora se genera una vinculación afectiva de envergadura – que de romperse generaría daños irreparables para el niño –, sugerimos conceder la adopción en tal caso, y colmar este vacío normativo recogiendo la normativa existente y recopilando los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, a partir de los cuales es posible realizar una interpretación integral y sistemática, principalmente, en consideración al interés superior del niño, niña o adolescente, el cual se vería satisfecho junto a su familia de acogida.

BIBLIOGRAFÍA

Monografías

ABELIUK MANASEVICH, René. *La filiación y sus efectos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000).

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Adopción y Filiación Adoptiva* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002).

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *El Sistema Filiativo Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007).

QUINTANA VILLAR, María Soledad, *Derecho de Familia* (Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2013).

Artículos

RODRÍGUEZ, María Sara, *La atribución del cuidado personal de los niños en el nuevo derecho chileno de familia*, en *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*, N° 4, (2011).

TURNER SAELZER, Susan, *Sentencia sobre adopción: ¿Y el interés superior del adoptado en el caso concreto? (Corte Suprema)*, en *Jurisprudencia comentada, Revista de Derecho*, Vol. XXV - N° 1, (Valdivia, 2012).

Tesis

JARAMILLO VERGARA, José Manuel, *¿Hogares residenciales o Familias de Acogida para infancia vulnerada en Chile hoy?* (Santiago, Tesis para optar al grado de Magister en Gestión y Políticas Públicas, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, 2014).

Soporte virtual

Bassoul, Jacques, *Le placement en vue d'adoption, De l'agrément à la coopération*, N° 146, [Caisse nationale d'allocations familiales \(CNAF\)](http://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2008-2-page-66.htm), (2008). Revista disponible en: www.cairn.info/revue-informations-sociales-2008-2-page-66.htm

Consejería de Familia y Asuntos Sociales, Instituto Madrileño del Menor y la familia. *Acogimiento en la Comunidad de Madrid*, Disponible en: <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DGUIA+ACOGIMIENTO.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352847125390&ssbinary=true>

F. DEL VALLE, Jorge, LÓPEZ, Mónica, BRAVO, Amaia, *El acogimiento familiar en España. Una evaluación de resultados*. Observatorio de la infancia. Disponible en: <http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/documentos/AcogimientofamiliaEspana.pdf>

Fernández, Silvia, *El desafío al tiempo en la adopción. Nuevas perspectivas del Código Civil y Comercial*, 2014. Disponible en el sitio web del Sistema Argentino de Información Jurídica: <http://www.saij.gov.ar/silvia-fernandez-desafio-al-tiempo-adopcion-dacf140862-2014-12-02/123456789-0abc-defg2680-41fcanirtcod>.

Informe disponible en la Biblioteca del Congreso Nacional, *Regulación de los requisitos de adoptantes y familias de acogida: Chile y derecho comparado*, Comisión Permanente de Familia de la Cámara de Diputados (Abril, 2013). Disponible en: http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/17218/1/Adopcion%20y%20Familias%20de%20Acogida%20Derecho%20Comparado_v3_nm_v4_1_v5.doc.

MARTÍNEZ RAVANAL, Víctor, *Informe Final, Análisis evaluativo del programa familia de acogida especializada de SENAME* (28 de noviembre 2011). Disponible en: http://www.sename.cl/wsename/otros/estudios_2012/Informe_Final_FAE.pdf

MUÑOZ, Carolina, FISCHER, Candice, CHÍA, Enrique. *Propuestas para Chile 2013. Capítulo IV: Lineamientos estratégicos para modelos de cuidado alternativo dirigidos a niños/as menores de seis años bajo protección estatal*. Disponible en: <http://politicaspUBLICAS.uc.cl/publicacion/concurso-de-politicaspUBLICAS-2/propuestas-para-chile-2013/propuestas-para-chile-2013-capitulo-iv-lineamientos-estrategicos-para-modelos-de-cuidado-alternativo-dirigidos-a-ninosas-menores-de-seis-anos-bajo-proteccion-estatal/>

SENAME, *Bases Técnicas, Línea de Acción Programas, Programa de Familias de Acogida, Modalidad: familias de acogida especializada FAE*, Departamento de Protección de Derechos, Servicio Nacional de Menores (Febrero, 2012). Disponible en: http://www.sename.cl/wsename/licitaciones/p7_27-02-2012/FAE%20Bases%20Tecnicas%20Licitac%20%20Febrero%202012.pdf

SENAME, *Orientación Técnica: Programa de Familias de Acogida Administración directa FAE AADD*. Departamento de Protección y Restitución de Derechos (Abril 2015).

SENAME, *¿Quieres acoger a un niño en tu familia?*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Gobierno de Chile. Disponible en: <http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=305>

SENAME, *Línea de Acción Programas, Orientación Técnica, Programa Familias de Acogida Especializada con Programa de Protección Especializado FAE/PRO*, Departamento de Protección de Derechos (Marzo, 2015). Disponible en: http://www.sename.cl/wsename/licitaciones/p7_03-06-2015/Orientaciones_Tecnicas_FAE-PRO.pdf.

SENAME, *Programa Familias de Acogida (FA)*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Gobierno de Chile. Disponible en: <http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=13>.

SENAME, *Orientaciones Técnicas, Familias de Acogida*, Departamento de Protección de Derechos, Ministerio de Justicia (2004). Disponible en: http://www.sename.cl/wsename/otros/proteccion/FAMILIAS_DE_ACOGIDA.pdf.

Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar. *La situación de Acogimiento Familiar en Argentina. Informe Preliminar*. Disponible en: <https://www.relaf.org/AF%20en%20Argentina.pdf>

RIETHMÜLLER HARLAND, María Gloria, *El derecho a ser oído y el interés superior del niño en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Noticia del Mercurio Legal (13 de julio de 2016). Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2016/07/13/El-derecho-a-ser-oido-y-el-interes-superior-del-nino-en-el-Derecho-Internacional-de-los-Derechos-Humanos.aspx>

TRUFFELLO, Paola, *Regulación de los requisitos de adoptantes y familias de acogida: Chile y derecho comparado*, Informe elaborado para la Comisión Permanente de Familia de la Cámara de Diputados. Disponible en: <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/17218/1/Adopcion%20y%20Familias%20de%20Acogida%20Derecho%20Comparado%20v3%20nm%20v4%201%20v5.doc>

Jurisprudencia Nacional

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, causa rol N° 54/2013, de 28 de Junio de 2013.

Corte Suprema, causa rol N° 9088/2011, de 28 de febrero de 2012.

Jurisprudencia Extranjera

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga N° 313/2010, de 8 de junio del año 2010.