



Adopción y vínculo entre hermanos

Estándar internacional, legislación actual y proyecto de ley

Autora

Paola Truffello G.
Email: ptruffello@bcn.cl
Tel.: (56) 32 226 3185

Comisión

Elaborado para la Comisión de Familia, Infancia y Adolescencia del Senado, en el marco de la discusión del proyecto de ley de reforma integral al sistema de adopción en Chile (Boletín N°9119-18)

N° SUP: 141397

Resumen

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce a la familia como el entorno ideal para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de niños, niñas y adolescentes. Los Estados parte deben velar porque no sean separados de sus padres, salvo cuando lo exija su interés superior, como en casos de maltrato o descuido. En esos casos, cuando los niños, niñas o adolescentes deban ser privados temporal o permanentemente de su medio familiar, la Convención les reconoce el derecho a protección y asistencia especial del Estado y debe garantizarles cuidados alternativos, entre ellos, la adopción.

El principio de no separación de los hermanos se observa como una manifestación de derecho a vivir en familia de los niños, niñas y adolescentes cuando deben ser separados temporal o definitivamente de su familia biológica o carecen de ella. En los casos de adopción, dicho principio busca mantener el vínculo entre los hermanos mediante su adopción conjunta o, si ello no es posible, tomando medidas para preservar la continuidad de su vínculo, salvo que ello no responda a su interés superior. En Chile, este principio se consagra en la Ley N° 19.620 de adopción y ha sido recientemente recogido en la Ley N° 21.430 de Garantías, al reconocer el derecho de todo niño, niña y adolescente a vivir en familia.

El principio de no separación de los hermanos fue incorporado al Boletín N° 9119-18 de reforma integral al sistema de adopción durante su tramitación en primer trámite y se encuentra propuesto también en indicaciones parlamentarias y del Ejecutivo en el texto que estudia actualmente la Comisión de Familia, Infancia y Adolescencia del Senado.

Introducción

En el marco del proyecto de ley de Reforma integral al sistema de adopción en Chile (Boletín N° 9119-18) se estudia el principio de no separación de los hermanos y preservación de la continuidad de su vínculo, cuando deben ser separados de su familia de origen.

Con el objeto de aportar elementos al análisis parlamentario, este documento, en primer lugar, desarrolla brevemente el estándar internacional de derechos humanos del derecho de niños, niñas y adolescentes (NNA) a vivir en familia y del principio de inseparabilidad de los hermanos, principalmente en la Convención de los Derechos del Niño y otros instrumentos que la desarrollan. En segundo lugar, aborda su regulación actual en la Ley N° 19.620 (1999) de adopción, así como en la Ley N° 21.430 (2022) sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. En tercer lugar, indica la incorporación de la regla al Boletín N° 9119-18 durante su discusión en primer trámite, así como, en las indicaciones en actual estudio en segundo trámite, por la Comisión de Familia, Infancia y Adolescencia del Senado.

El tema que aborda este informe y sus contenidos están delimitados por los parámetros de análisis de Asesoría Técnica Parlamentaria y por los plazos disponibles. No se trata de un documento académico y se enmarca en los criterios de neutralidad, pertinencia, síntesis y oportunidad en su entrega.

I. Estándar internacional

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN o la Convención)¹ consagra el deber de los Estados Partes de garantizar la protección y asistencia especial a los niños, niñas y adolescentes (NNA) que temporal o permanentemente deban ser privados de su medio familiar (art. 20, CDN²). En ella, como en instrumentos que desarrollan su contenido, se reconoce el derecho del NNA a vivir en familia, preferentemente en la de origen. El principio de no separación de los hermanos se observa como una manifestación de dicho derecho, tanto en los esfuerzos por la adopción conjunta de hermanos como, si ello no es posible, en preservar la continuidad de su vínculo, salvo que ello no sea conforme a su interés superior.

1. Derecho a vivir en familia

La Convención reconoce la necesidad de proporcionar una protección especial a la infancia y adolescencia y consagra el interés superior del niño, como principio rector guía de todas las medidas concernientes a los NNA³.

¹ La Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1989 y ratificada por Chile de 1990.

² Artículo 20, CDN: “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”.

³ Art. 3, CDN: “1. 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. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

La familia es reconocida por la CDN en su Preámbulo, como el entorno ideal para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de NNA⁴, debe recibir la protección y asistencia necesarias para asumir plenamente su responsabilidad dentro de la comunidad⁵ y, los Estados Partes deben velar porque los NNA no sean separados de sus padres, salvo cuando lo exija su interés superior, como en casos de maltrato o descuido⁶.

Cuando los NNA deban ser privados temporal o permanentemente de su medio familiar, la Convención les reconoce expresamente derecho a protección y asistencia especial del Estado⁷, el que debe garantizarles otro tipo de cuidados, entre los cuales se considera la adopción⁸.

En el mismo sentido, las Directrices de Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de 2009⁹ reconocen que, al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, bienestar y protección de los NNA, los esfuerzos de los Estados deben encaminarse “ante todo a lograr que el niño permanezca o vuelva a estar bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, de otros familiares cercanos”¹⁰. En ese sentido, corresponde al Estado velar porque las familias tengan acceso a formas de apoyo en su función cuidadora¹¹.

Las Directrices refuerzan la importancia de que NNA vivan en un entorno en el que se sientan apoyados, protegidos y cuidados y que les permita promover su potencial¹². Por ello indican que, cuando ni siquiera con el apoyo adecuado la familia del NNA puede darle el cuidado parental apropiado o bien, cuando lo abandona o renuncia a su cuidado, corresponde al Estado proteger sus derechos y darle un acogimiento alternativo adecuado, garantizando que las decisiones se adopten consideren su interés superior, su derecho a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta según su edad y grado de madurez¹³.

⁴ “Los Estados Partes en la presente Convención: (...) Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (...)”. Preámbulo CDN, párr. 5 y 6.

⁵ En sentido similar lo hace la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Chile en agosto del año 1990, en su artículo 17.1.

⁶ Ibidem.

⁷ En sentido similar, art. 24.1 Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y art. 19 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁸ Art. 20, CDN.

⁹ Las Directrices de Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2009, tienen por objeto promover la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como de las disposiciones de otros instrumentos internacionales relativas a la protección y bienestar de los niños privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación. Si bien las Directrices buscan apoyar los esfuerzos para que los NNA permanezcan bajo el cuidado de su propia familia, también contemplan la opción de soluciones permanentes, como la adopción.

¹⁰ Directrices 2009, párr. 3.

¹¹ Directrices 2009, párr.3.

¹² Directrices 2009, párr. 4.

¹³ Directrices 2009, párr..5, 6 y 7.

2. Principio de inseparabilidad de los hermanos

En una familia adoptiva pueden configurarse diversas relaciones fraternales: familias con un hijo biológico que luego adopta a un niño; familias que adoptan a un niño y luego tienen un hijo biológico; adopción de dos o más hermanos, entre otras¹⁴.

El principio de no separación de los hermanos constituye una manifestación del derecho a vivir en familia, en tanto busca la preservación del vínculo fraterno cuando deban ser separados de su familia biológica o carezcan de ella, salvo que no sea conforme al interés superior del NNA.

En su Observación General N° 14 de 2013, el Comité de Derechos del Niño¹⁵ (CRC, por su sigla en inglés) se refiere a la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, como uno de los elementos a considerar para evaluar el interés superior del niño¹⁶. En concreto, dispone que,

(...) cuando la separación sea necesaria, los responsables de la toma de decisiones velarán por que el niño mantenga los lazos y la relación con sus padres y su familia (hermanos, familiares y personas con las que el niño haya tenido una relación personal estrecha), a menos que ello contravenga el interés superior del niño. Cuando se separa a un niño de su familia, en las decisiones que se adopten acerca de la periodicidad y la duración de las visitas y otras formas de contacto deben tenerse en cuenta la calidad de las relaciones y la necesidad de conservarlas¹⁷.

Las Directrices de Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de 2009 citadas, indican que los hermanos sin cuidado parental que mantienen los vínculos fraternos, en principio no deberían ser separados en distintos entornos de acogimiento alternativo, salvo que exista un riesgo evidente de abuso u otra justificación que responda al interés superior del niño. Y, en cualquier caso, habría que hacer todo lo posible para que los hermanos puedan mantener el contacto entre sí, a no ser que ello fuera contrario a sus deseos o intereses¹⁸.

Asimismo, las referidas Directrices contemplan como una excepción al acogimiento familiar recomendado especialmente cuando los niños son menores de 3 años, cuando con ello se evita la separación de los hermanos¹⁹.

De conformidad con la opinión predominante de los expertos, el acogimiento alternativo de los niños de corta edad, especialmente los de menos de 3 años, debería ejercerse en un ámbito familiar. Pueden admitirse excepciones a este principio para evitar la separación de los hermanos y en los casos en que el acogimiento tenga carácter de urgencia o sea por un tiempo prefijado y muy limitado, al finalizar el cual esté prevista la reintegración en la familia u otra solución apropiada de acogimiento a largo plazo (párr. 21).

¹⁴ Comité ampliado de Salud Mental y Familia, 2007:74.

¹⁵ El Comité de los Derechos del Niño es el órgano de expertos independientes, encargado de supervisar la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Partes.

¹⁶ Observación General N° 14 (2013).

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Directrices, 2010; párr. 17.

¹⁹ Directrices, 2010; párr. 17.

II. Regulación en Chile

El principio de inseparabilidad de los hermanos en la adopción, fue recogido recientemente en la Ley N° 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, dentro del derecho de todo NNA a vivir en familia. Asimismo, esta regla se encuentra contemplada en la actual Ley N° 19.620 de adopción y ha recibido observaciones del Comité de Derechos del Niño en el marco de la adopción de medidas de cuidado alternativas por parte del Estado.

1. Ley N° 19.620 (1999) de adopción y observaciones del CRC

El estatuto legal de la adopción se encuentra regulado principalmente por la Ley N° 19.620, por expresa remisión de la Ley N° 19.585 que introdujo un nuevo estatuto filiativo en Chile basado en el interés superior del niño; el trato igualitario para todos los hijos y; el derecho a la identidad²⁰.

La inseparabilidad de los hermanos constituye uno de los principios de la filiación adoptiva en Chile. Ello se manifiesta en el mandato que la Ley N° 19.620 realiza al juez de familia, para que procure que los hermanos en situación de ser adoptados, lo sean por los mismos solicitantes. Como se señala en la doctrina, la justificación de este principio radica en que la adopción no cause un nuevo daño al niño en desamparo, separándolo de sus hermanos biológicos²¹.

En efecto, el artículo 23 inciso 5 de la Ley N° 19.620 de Adopción de Menores²² dispone:

En caso de que dos o más menores que se encuentren en situación de ser adoptados sean hermanos, el tribunal procurará que los adopten los mismos solicitantes (...).

Al respecto, el CRC, en su Informe del año 2018 sobre la Investigación relacionada con Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones²³, estimó que Chile vulneraba el principio del interés superior del niño (art. 3, párr.1 y el artículo 25 de la CDN) por “e) Separar a hermanos por razones de carácter administrativo sin consideración de su interés superior” (párr. 30, e).

Asimismo, en su Informe de Observaciones finales a Chile del año 2022, el CRC tomó nota del tiempo de tramitación de los proyectos de ley sobre la adopción en el país e instó país a: “a) Desarrollar procedimientos de adopción transparentes y eficaces que garanticen que lo que prima es el interés superior del niño y que, cuando proceda, las adopciones se realicen sin dilaciones indebidas; (...)”.

²⁰ Ramos, Rene (2007: 391). Según Ramos, la Ley N° 19.629 de Adopción, debe ser considerada complementaria de la Ley N° 19.585.

²¹ Corral, Hernán, 2002:49.

²² Disposición incorporada en la tramitación legislativa, pues el texto original del Mensaje no lo contenía. Historia de la Ley N° 19.620 de adopción de menores.

²³ Informe CRC/C/CHL/IR/1*, sobre “Investigación relacionada con Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones” en la que el Comité consideró que el Estado parte era responsable de “graves violaciones de los derechos enunciados en la Convención, considerando que el sistema de protección residencial de Chile ha resultado en una amplia vulneración de derechos de miles de niños, niñas y adolescentes bajo la tutela del Estado durante un largo período de tiempo (...)”.

2. Ley N° 21.430 (2022) sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia

La Ley N° 21.430 tiene por objeto la garantía, protección integral, ejercicio efectivo y goce pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en especial, de los derechos humanos que les son reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes²⁴.

En el marco de la CDN y las Directrices de Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, niñas y adolescentes, y demás instrumentos internacionales de igual naturaleza, la Ley N° 21.430 reconoce en su artículo 27 inciso 7, el derecho de todo NNA a vivir en familia, incluyendo en este la obligación del Estado de resguardar la no separación de los hermanos en los procesos de separación del NNA de quien lo tenga a su cuidado.

Artículo 27, inciso 7°, Ley N° 21.430:

En los procesos de separación del niño, niña o adolescente respecto de quien lo tenga legalmente a su cuidado, el Estado resguardará la no separación de los hermanos y la no separación de los adolescentes respecto de sus hijos o hijas, salvo que la medida sea fundamentada, necesaria y pertinente conforme al interés superior de los niños, niñas y adolescentes involucrados (...).

III. Boletín N° 9119-18

El Boletín N° 9119-18 de Reforma integral al sistema de adopción en Chile, originado en Mensaje el año 2003, no contemplaba el principio de no separación de los hermanos. Durante su tramitación en primer trámite, su incorporación fue sugerida tanto por la Corte Suprema en su Informe de fecha 2013²⁵, como, por representantes de la academia, el año 2019²⁶.

El texto aprobado en primer trámite en la Cámara de Diputadas y Diputados y, en general, en segundo trámite por el Senado, restableció la regla vigente de la Ley N° 19.620 que vela por la adopción conjunta de los hermanos y añadió, para cuando ella no sea posible, la obligación de asegurar la continuidad del vínculo fraterno. El artículo 35 del citado texto dispone:

En caso de que dos o más hermanos hayan sido declarados adoptables, deberán ser adoptados por el o los mismos requirentes. Sin perjuicio de lo anterior, si ello no fuere posible, el juez deberá asegurar en forma eficaz y permanente, la continuidad del vínculo fraterno entre ellos.

²⁴ Art. 1, Ley N° 21.430.

²⁵ Oficio N° 141-2013.

²⁶ En ese sentido Alejandra Illanes e Irene Salvo, en Informe de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputadas y Diputados, 2019.

Diversas indicaciones parlamentarias, presentadas en enero del año 2024 al proyecto de ley en actual estudio por la Comisión de Familia, Infancia y Adolescencia del Senado, recogen la regla de la adopción conjunta de los hermanos. El Ejecutivo también propone mantenerla, tanto al momento de decretar una medida de cuidado alternativo²⁷, como al promover la adopción conjunta o, si ello no fuere posible o conveniente al interés superior del niño, al establecer un régimen comunicacional entre los hermanos²⁸.

Referencias

Boletín N° 9119-18 de reforma integral al sistema de adopción en Chile. Disponible en: <http://bcn.cl/2re2g> (abril, 2024).

Comité Derechos del Niño (2022). Observaciones finales sobre los informes periódicos sexto y séptimo combinados de Chile. CRC/C/CHL/CO/6-7. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FCHL%2FCO%2F6-7&Lang=en (abril, 2024).

_ (2018). Informe Investigación relacionada con Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. CRC/C/CHL/INQ/1. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FCHL%2FIR%2F1&Lang=en (abril, 2024).

_ (2013). Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1, CDN). CRC/C/GC/14. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FGC%2F14&Lang=es (abril, 2024).

Comité ampliado de Salud Mental y Familia (2007:74). Relaciones fraternas en la adopción. Arch. argent. pediatr. 2007;105 (1): 74-76. Disponible en: <http://bcn.cl/1u0yw> (abril, 2024).

Corral, Hernán (2002). Adopción y filiación adoptiva. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

Directrices sobre las Modalidades Alternativas del Cuidado de Niños (2009). Resolución Asamblea General Naciones Unidas. A/RES/64/142. Disponible en: <https://www.unicef.org/spanish/videoaudio/PDFs/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf> (abril, 2024).

Historia de la Ley N° 19.620 de adopción de menores. Disponible en: www.leychile.cl (abril, 2024).

Ramos, Rene. Derecho de Familia, Tomo II, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

Referencias normativas

²⁷ Indicación N°362 ter que reemplaza el artículo 74 de la Ley N° 19.968 de Tribunales de Familia.

²⁸ Indicación N° 201 bis que reemplaza el inciso 4° del artículo 35 del texto aprobado en general.

Convención sobre los Derechos del Niño. Aprobada por Decreto N° 830 de 1990 Ministerio de Relaciones Exteriores. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15824> (abril, 2024).

Ley N° 19.620 dicta normas sobre adopción de menores. Disponible en: <https://bcn.cl/2g7zu> (abril, 2024).

Ley N° 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Disponible en: <https://bcn.cl/2yieg> (abril, 2024)

Disclaimer

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)