

Familias de acogida: exigencias mínimas para operar como instrumento de protección de derechos - Análisis crítico al sistema Chileno

Foster families: minimal requirements for protecting children's rights. A critical analysis to the chilean system

Resumen

El artículo analiza la figura de las familias de acogida de niños en situación de desamparo en el Sistema chileno para determinar los requisitos mínimos que deberían exigírseles para que cumplieran con su finalidad de ser instrumento de protección de derechos de los niños.

Palabras clave

Niñez en desamparo, familias de acogida, sistema de protección de derechos. Derecho chileno.

Abstract

The Article analyzes the provision of foster families for abandoned infants in Chilean legal system in order to establish minimum requirements that ought to be fulfilled for the achievement of its purpose of serving as an instrument for the protection of children's rights.

Keywords

Abandoned infants, foster family, rights protection system, chilean law.

Sumário

1. Introducción; 2. Familia de acogida como modalidad de cuidado alternativo; 3. Familia de acogida en Chile: deber de protección especial y caracterización de la figura; 4. Nudos críticos del programa familia de acogida como medida de protección; 5. Exigencias de mínimas del Programa de Familia de Acogida, para operar como instrumento de protección; Referencias;

1. Introducción

El año 2012, producto de un convenio celebrado entre Unicef y el Poder Judicial de Chile, se inició un estudio con el objeto de determinar las condiciones de vida de 6500 niños en sistema residencial, atendidos a lo largo de 10 regiones del país.

La iniciativa daba cuenta por si sola de que existía preocupación en la materia, pues se sabía de antemano que el sistema funcionaba de manera deficiente.

El resultado obtenido, sin embargo, supero lo imaginable.

En efecto, el referido estudio no sólo constató precarias condiciones de funcionamiento y dificultades estructurales para cumplir con la finalidad protectora, sino que además puso en evidencia situaciones graves de maltrato hacia los niños, teóricamente bajo el cuidado del Estado: violencia física y verbal grave, abuso sexual, aparecieron como factores enquistados en el régimen residencial.

Las conclusiones del informe, elaborado por la denominada *Comisión Jeldres*, sólo fue el punto de partida de diversas investigaciones que desde aquél entonces la han sucedido; las que, a su turno, han servido de insumo para la elaboración de políticas y planes destinados a intentar revertir el negativo panorama.

Dentro de las propuestas que se han vertido para avanzar en la senda indicada, particular apoyo ha recibido la idea de fortalecer y priorizar a la familia de acogida, como modalidad alternativa de cuidado de niños privados de su medio familiar.

En la línea de los discursos, la referida opción aparece como atractiva a la hora de introducir reformas destinadas a mejorar el sistema proteccional chileno, el punto es que, según veremos, la posibilidad que el programa de familias de acogida contribuya eficazmente a cambiarle el rostro a la infancia vulnerada, exige superar ciertos nudos críticos que no se pueden obviar, precisamente si queremos acortar la brecha entre el discurso y la práctica.

El objetivo de la presente ponencia consiste en evidenciar los nudos críticos presentes en el sistema proteccional chileno general, y en el acogimiento familiar en particular, con el objeto de identificar aquellas exigencias que estimamos indispensable para que la familia de acogida pueda operar como un instrumento de protección de derechos.

2. Familia de acogida como modalidad de cuidado alternativo.

La trascendencia que los ordenamientos jurídicos le reconocen a la familia, en relación con los niños, se constata desde el momento en que la elevan a la categoría de derecho. No se trata entonces que sólo sea bueno, deseable o conveniente que el niño viva en familia, sino que tiene derecho a ello.

El derecho a vivir en familia, tanto desde la perspectiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos, como de nuestro propio derecho interno, se vincula primeramente al derecho del niño a vivir y ser cuidado por los padres; debiendo los Estados no sólo alentar el referido cuidado, sino que incluyo apoyarlo, ante las dificultades que aquellos pudieren experimentar para otorgarlo.

Dispone a estos respecto el artículo 18.2 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, en adelante CDN, “A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”.

Bajo la premisa anterior y habida consideración de la trascendencia que la referida Convención le reconoce a la familia, reconocida latamente en su Preámbulo, resulta lógico que la separación del niño de su familia de origen sea tratada como una situación excepcional, temporal y que deba durar el menor tiempo posible; debiendo el Estado en estos casos adoptar las medidas necesarias para el resguardo de aquellos¹.

¹ El artículo 9 de la CDN establece que “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.”

El citado instrumento reafirma la idea de que las medidas especiales de protección que impliquen la separación del niño de su familia son medidas de carácter excepcional, una vez agotadas todas las posibilidades de apoyo a la familia, y siempre que constituyan un modo objetivo y razonado la mejor opción para el interés superior del niño y la protección de sus derechos.

El artículo 20 de la CDN, a su turno, establece que, “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especial del Estado”.

Si bien la disposición citada ordena que, en hipótesis de separación, corresponde al Estado un deber de protección especial, no precisa en su texto las modalidades de cuidado concreto que habrán de aplicarse en éste caso.

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

En lo que refiere a las modalidades de cuidado alternativo, la Directriz n° 52 establece que:

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

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

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

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

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

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

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

Conforme se plantea en las Directrices, la siguiente medida que convendría aplicar sería el acogimiento temporal en una familia externa; lo que implica, “la convivencia del niño con una familia distinta a su familia de origen, con la que no se establecen vínculos jurídicos, pero que asume la obligación de cuidarlo como si de un hijo se tratara. De modo que, sin romper los lazos jurídicos, y en muchas ocasiones algunos de los lazos sociales que le unen a sus progenitores, el menor convive con unos padres acogedores por un período de tiempo más o menos largo dependiendo de los casos”²

En el contexto de las Directrices citadas, el acogimiento residencial aparece como última alternativa.

En efecto, la Directriz nº 20 establece que, “El recurso al acogimiento residencial debería limitarse a los casos en que ese entorno fuera específicamente apropiado, necesario y constructivo para el niño interesado y redundase en favor de su interés superior.”

Agrega la Directriz nº 21:

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

² B. G. BENGOCHEA – A. B. PEDRO-VIEJO, *El derecho del niño a vivir en familia*, in *Miscelánea Comillas* 67 (2009), disponible en <http://revistas.upcomillas.es/index.php/miscelaneacomillas/article/view/894/755> [27-7-2018].

³ Los criterios fijados por la citada Directriz se encuentran presente en la Política Nacional de la Niñez y Adolescencia 2015-2025, que en su texto a establecido dentro de las áreas estratégicas, “avanzar en la provisión de cuidados bajo condiciones de vida familiar para niñas, niños y adolescentes que, por situaciones de graves vulneraciones de derechos, deben ser separados de su familia de origen.”, disponible en www.consejoinfancia.gob.cl/wp-content/.../POLITICA-2015-2025_versionweb.pdf

La postura anotada, se fundamenta en la evidencia científica que señala que “Los primeros años de vida son cruciales para todo ser humano; en esta etapa se definen en gran medida las bases de su desarrollo posterior cognitivo, social y afectivo. También indica que institucionalizar a los niños y niñas y privarlos de su medio familiar en etapas tempranas de su desarrollo las deja con secuelas tanto físicas como de salud mental: presentan mayor retraso en su capacidad de interacción social, deficiencias en su crecimiento físico y cerebral, problemas cognitivos y de comportamiento, retraso en el desarrollo del lenguaje y de la comunicación, entre otras.”⁴

3. Familia de acogida en Chile: deber de protección especial y caracterización de la figura.

3.1. Deber de protección especial del Estado de Chile.

A partir de la ratificación de la CDN es posible afirmar que el Estado de Chile refuerza sus obligaciones para con la infancia, y por cierto con aquellos NNA vulnerados en sus derechos.

La referida vulneración, cuando ha ocurrido en el seno de la familia, puede dar origen a que se decrete como medida de protección, la separación del niño de su medio familiar, cuando fuere indispensable para salvaguardar su interés superior; hipótesis en la cual los

⁴ CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA, *Orientaciones para la Intervención Familiar con Niños y Niñas Institucionalizados*, diciembre de 2017, p. 9, disponible en <http://observatorioninez.consejoinfancia.gob.cl/wp-content/uploads/2018/01/ORIENTACIONES-para-la-intervencion-familiar-con-ni%C3%B1os-institucionalizados.pdf> [27-7-2018].

En este mismo sentido B. G. BENGOCHEA – A. B. PEDRO-VIEJO, *El derecho* cit. (nota 2 *supra*), pp. 178 y 179: “La Teoría del Apego, desarrollada prolíficamente a partir de este estudio (Ver Shaver y Cassidy, 1999), destaca que, para su adecuado desarrollo, los niños tienen una necesidad básica, biológicamente determinada, y especialmente activa durante los tres primeros años del vida, de mantener una relación estable con adulto que les proporcione contacto, seguridad y afecto; necesidad que es relativamente independiente y se encuentra al nivel de las necesidades de subsistencia, por lo que el cuidado afectivo estable tiene una gran importancia en el desarrollo infantil”. Agrega, “Esta perspectiva supuso una verdadera revolución en el mundo de la psicología, que hasta el momento había considerado el vínculo entre padres e hijos como secundario y dependiente de la satisfacción de necesidades elementales. En el mundo de la protección de menores, esta teoría sienta las bases para considerar que todo niño tiene derecho a una familia, por lo que no debería separarse de ella y, en el caso de que la separación sea necesaria, debería tener acceso a un cuidado alternativo de tipo familiar. A pesar de que los teóricos del apego no hacen referencia a la familia como institución, ni a una estructura familiar en concreto, se considera que esta necesidad de cuidado afectivo por parte de un adulto estable y permanente sólo se proporciona en entornos familiares o que reproduzcan estas condiciones de “familiaridad”, frente al tipo de institucionalización vigente hasta el momento”.

2

Evolución del deber de fidelidad como causal de divorcio en el derecho matrimonial de Chile

*Evolution of the obligation of fidelity as grounds for
divorce under Chilean marriage law*

Resumen

En el presente trabajo se estudia la evolución del deber de fidelidad como causal de divorcio en el Derecho matrimonial de Chile. Para lo anterior, una vez analizada la doctrina de la fidelidad de los cónyuges de San Agustín y el tratamiento de la misma en el Derecho romano, se estudian las dos leyes laicas que han regulado la materia objeto de la presente investigación en Chile: la Ley de Matrimonio Civil de 1884 y la Nueva Ley de Matrimonio Civil de 2004.

Palabras clave

Fidelidad, adulterio, cónyuges, divorcio, matrimonio.

Abstract

The present essay studies the evolution of the obligation of fidelity as grounds for divorce under the Chilean marriage law. For such, once the doctrine of Saint Augustine on spousal fidelity and its treatment under the Roman Law have been analyzed, the study turns to the two secular acts that have regulated the subject in Chile: the Civil Marriage Act of 1884 and the New Civil Marriage Act enacted in 2004.

Keywords

Fidelity, adultery, spouses, divorce, marriage.

Sumario

1. Introducción; 2. Nociones de fidelidad matrimonial; 3. Disciplina del deber de fidelidad en la Ley de Matrimonio Civil de 1884; 4. La Nueva Ley de Matrimonio Civil de 2004. ¿Ampliación del deber de fidelidad? 4.1. Noción restringida del deber de fidelidad: su identificación con la cópula; 4.2. Noción amplia del deber de fidelidad: diversos actos con significado sexual; 4.3. Noción amplísima del deber de fidelidad: su no restricción a la esfera puramente sexual; 5. Nuestra opinión; 5.1. El tenor empleado en el n° 2 del artículo 54 de la Ley n° 19.947; 5.2. El sentido natural y obvio de la palabra “infidelidad”; 5.3. Las causales de divorcio del n° 3 y 4 del artículo 54 de la Ley n° 19.947; 5.4. La naturaleza del matrimonio como una comunidad de vida conyugal; 6. Conclusiones; Referencias.

1. Introducción

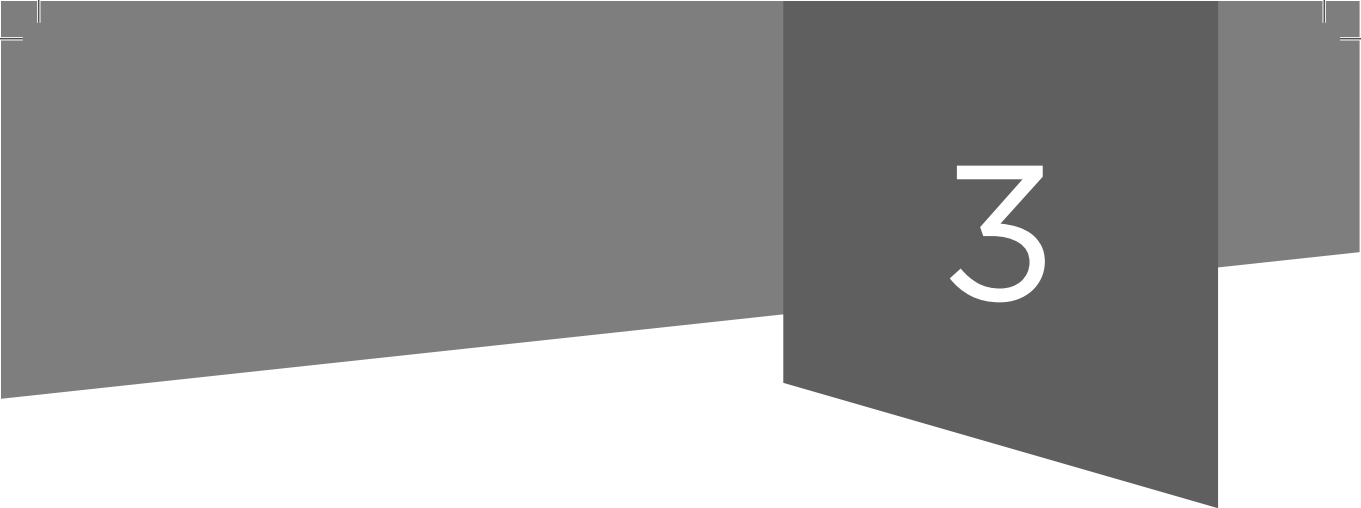
El presente artículo analiza la disciplina otorgada al deber de fidelidad en el Derecho matrimonial del Estado de Chile, como causal de divorcio. Para cumplir con lo anterior, luego de una breve referencia al tratamiento efectuado a dicho deber por parte de San Agustín y por el Derecho romano, analizaremos las dos leyes civiles que han regulado el matrimonio en Chile: la Ley de Matrimonio Civil de 1884¹ y la Nueva Ley de Matrimonio Civil, Ley n° 19.947 de 2004².

Nuestro interés por estudiar la relevancia jurídica de las infracciones al deber de fidelidad fue alimentado por el ilustre catedrático de Derecho civil de la Universidad de Deusto, don Ricardo de Ángel. Así, en una conversación con el nombrado profesor, éste señaló que la norma legal más violada en todo ordenamiento jurídico era aquella que estableciese el deber de fidelidad de los cónyuges. En virtud de lo señalado, aumentó la curiosidad por estudiar qué debía entenderse comprendido en dicho deber, considerando el estado actual de nuestra sociedad y el evidente cambio de valores en ella producido.

No puede hablarse de matrimonio en general ni de matrimonio cristiano en específico sin mencionar la obra de San Agustín. En efecto, tal fue la influencia de San Agustín que se le ha denominado como “el Doctor del matrimonio”. Según lo ha indicado MATTHEUWS, a propósito del matrimonio en el Derecho canónico: “*Debemos darnos cuenta que desde 430*

¹ Esta ley es de fecha 10 de enero de 1884.

² Publicada en el Diario Oficial de fecha 17 de mayo de 2004.



3

El niño y su derecho a serlo, en contexto familiar funcional y disfuncional

*The child and his right to be a child in functional
and dysfunctional familial contexts*

Se advierte la existencia de padres maduros y comprometidos con su parentalidad responsable. No obstante, se observa cada vez con mayor frecuencia en esta época post-moderna *progenitores que instalan al niño en un proceso de adultización anticipada*. Este es el punto que preocupa.

Para describir estos procesos, creemos necesario *distinguir la familia funcional de aquella que presenta elementos de disfuncionalidad*.

Esta distinción se presenta tanto en familias matrimoniales como aquellas en trances divorciales, por lo que no enlaza el tema con la matrimonialización de una familia. La funcionalidad se va a presentar más allá de la existencia de vínculo matrimonial, aunque el principio axial de la *ESTABILIDAD en los Estados de Familia, a no dudarlo, pensamos que lo confiere el Matrimonio*³.

2. Contexto Familiar Adecuado A Sus Fines

2.1. Familia Funcional

Es aquella familia que, a pesar de encontrarse en proceso de separación, mantiene un muy bajo nivel de conflictividad entre los progenitores; buena cooperación entre ellos; residencias cercanas o geográficamente compatibles; rasgos de personalidad compatibles entre padres y sus hijos, respeto mutuo por ambos padres; sin excesiva judicialización de la separación. En definitiva, *características de los progenitores como madurez personal y capacidad para separar el plano de la relación de pareja de sus roles de padres*.

La conducta-teoría del apego, creada por John BOWLBY⁴, fija diversas etapas de la niñez, en que desarrollan *conductas de proximidad hacia una persona que cumple funciones de protección, le otorga seguridad y enseña a sobrevivir y adaptarse, se activa siempre que el ser humano se halla en una situación de stress o traumática*, y ellas son: 1º) *El pre-apego*: desde el nacimiento hasta la 6º semana. Se caracteriza por: reflejos innatos, llorar para llamar la atención, dirige su mirada, reacciona ante la voz de su progenitor o cuidador. 2º) *Formación del apego*: período desde la 6º semana hasta los 6 u 8 meses, distingue a la madre

³ E. I. FANZOLATO, *Derecho de Familia*, t. I, Córdoba, Editorial Advocatus, 2007, p. 169. Sostiene mi maestro: "Por exigencias de seguridad jurídica, *el estado familiar tiende a consolidarse* y puede adquirir inmutabilidad cuando caducan todas las acciones susceptibles de modificarlo o cuando no hay más personas legitimadas para promoverlas" (...); "Actualmente en nuestro país, el estado de familia *en su plenitud* surge de la relación intersexual *matrimonial* o de la filiación; es decir, la plenitud de las relaciones familiares (en el sentido de abarcar, comprender o producir mayor número de derechos subjetivos familiares, e implicar mayor cantidad de "familiares" involucrados) *emergen del matrimonio* y de la filiación" (idem, p. 152).

⁴ Cf. *El apego y la Pérdida*, t. I, Barcelona, Paidós, 1982, p. 40.