

## **EL DEBER DE ADOPTAR Y LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ EN CHILE**

### **THE DUTY TO ADOPT AND THE RIGHTS OF CHILDREN IN CHILE**

*forthcoming in Iberoamericana Volume 24. Número 86(2024)*

*please cite published version*

Caracterizar el comportamiento de una persona como correcto o incorrecto es un aspecto prevalente y familiar de nuestra vida cotidiana. Incluye, por mencionar algunos ejemplos, nuestra elección de comida, la ropa que compramos, y nuestras relaciones con amistades y familiares. El tema de la adopción me parece, no está exento de consideraciones morales.

Filósofas morales y filósofas éticas están en desacuerdo acerca de lo que moralmente debemos hacer (a lo largo del artículo utilizaré el femenino como neutro a fin de visibilizar la exclusión de mujeres y disidencias del uso común del lenguaje). No obstante, un principio moral plausible es que, si podemos proteger a otras personas de un daño serio o de sufrimiento a un bajo costo personal, tenemos la obligación moral de hacerlo. No es controversial que moralmente debemos salvar a una niña que se está ahogando si nuestra acción no significa más que terminar con ropas mojadas. Pero es más complicado decir precisamente dónde termina el rango de ese deber. Este principio tiene profundas implicaciones morales y prácticas acerca de la decisión de adoptar o no adoptar.

Daniel Friedrich, en su texto de 2013, sostuvo que podemos presentar un caso persuasivo a favor del deber de adoptar usando este mismo principio moral. Niñas sin cuidado parental están en riesgo de daños serios. Si podemos proteger a estas niñas adoptándolas a bajo costo personal, moralmente deberíamos hacerlo. Por supuesto, el calificativo ‘a bajo costo personal’ juega un rol crucial al evaluar si una persona tiene tal deber de adoptar. Pero supón que estás convencida de que existe algo como el deber de adoptar y que algunas personas sí lo tienen.

En este artículo, quiero decir sólo lo suficiente para persuadir a la lectora de que avalar el deber de adoptar exige revisiones importantes a la implementación de derechos de la

infancia, particularmente con respecto a leyes y regulaciones que rigen el proceso de adopción. Quienes se desempeñan como *Policymakers* deberían validar más la idea de que el interés superior de niñas y adolescentes como sujetos de derechos, es siempre lo primero y más importante en el proceso de adopción. Para ello, sugiero que poner mayor atención a la interacción entre el deber de adoptar y la Convención sobre los Derechos del Niño puede revelar maneras de promover mejor el interés superior de las niñas. Para hacer las cosas más concretas, me enfoco en la adopción en Chile. Pero la discusión puede extenderse a otros países que comparten normas judiciales similares, particularmente los suscritos a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Como en otros países, el trámite de adopción en Chile es largo y difícil. Según el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, el tiempo promedio (asumiendo que los documentos necesarios estén en orden) entre que las personas que solicitan la adopción son evaluadas como idóneas e ingresadas al registro, hasta que se les considere una alternativa de familia para una niña es de 12 a 18 meses.

Hay un acuerdo transversal al espectro político de que deben realizarse modificaciones para hacer más expeditos los procedimientos de adopción, que en Chile están principalmente regidos por la Ley 19.620. El deber de adoptar pone presión adicional hacia facilitar el proceso de adopción. Si creemos en el principio, tenemos razones morales para crear un ambiente legislativo que facilite el cumplimiento del deber de adoptar. Al mismo tiempo, no hacerlo significa ser objeto de culpa moral—es decir que tenemos una responsabilidad compartida en generar las condiciones y de no contribuir a ello, estamos también haciendo algo incorrecto.

### **El interés superior de la adoptada y el cuidado de la identidad**

Una implementación legislativa adecuada del deber de adoptar no debería desatender los derechos de las niñas y adolescentes susceptibles de adopción. Es de hecho muy plausible que cualquiera sea la mejor implementación judicial, el deber de adoptar no debería violar los derechos de la niñez. Un cambio crucial para garantizar sus derechos a lo largo del

proceso de adopción es que se pudiese unificar y explicitar lo que significa—y por tanto implica—la noción de ‘interés superior de la adoptada’.

La ley chilena enfatiza la significancia del interés superior de la adoptada. Lamentablemente, no existe una definición sobre qué se debe entender por este principio ni tampoco se establecen directrices respecto de su aplicación. UNICEF Chile recientemente diseñó una Guía para la evaluación y determinación del *interés superior del niño* (Disponible en: <https://www.unicef.org/chile/informes/guia-para-la-evaluacion-y-determinacion-del-interes-superior-del-nino>). Esta es una herramienta práctica extremadamente importante para promover la evaluación y determinación del principio de Interés Superior en casos judiciales concretos. Pero la ley no impone (aún) el uso de la Guía como un requisito, por lo que su uso queda a discreción de las profesionales del Poder Judicial. No parece tan rebuscado que el deber de adoptar nos induzca a ser aún más cuidadosas con no violar el interés superior de la adoptada. Y si la Guía puede ayudar a hacerlo, entonces se puede sostener que debería haber una inclusión explícita de una formulación más específica del interés superior de las niñas según los tres componentes que en ella se expresan, en texto UNICEF Chile 2022: a derecho sustantivo, a principio jurídico interpretativo, y a norma de procedimiento. La Guía está normativamente influenciada por la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, suscrita por el Gobierno de Chile el 26 de enero de 1990. Algunas ideas de las plasmadas en artículos de la Convención deberían estar implementadas de manera más prominente y perspicua en las normas relevantes.

Por otro lado, el deber de adoptar requiere dar una atención especial al concepto de ‘identidad’ de la adoptada. La Convención es poco clara al respecto. En el contexto de este documento se podría sostener que la identidad de la niña incluye características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. Pero la identidad de las niñas no es sólo cuestión de esas características. Es muy plausible argüir que las niñas forman su identidad de manera relacional, y que por tanto la relación con la familia juega un rol crucial en darle forma. En el caso de la adopción, se necesita un cuidado especial ya que las niñas adoptadas

están inevitablemente formadas por su conexión tanto con la familia adoptiva como con la de origen. Aunque establece su compromiso con preservar la identidad de las niñas, la Convención no especifica ninguna obligación particular de ayudar a cultivar la identidad distintiva de las niñas en las circunstancias de adopción. La ley tampoco lo hace. Uno podría pensar que poner atención acerca de la identidad de las niñas adoptadas cabe dentro del interés superior de la adoptada. No obstante, incluso si esto es cierto, la cuestión de clarificar la atención especial que uno debiese poner para el caso de la identidad de las niñas adoptadas permanece. Decisiones al respecto quedan hoy a discreción de las profesionales del Poder Judicial. Pero una formulación más precisa y explícita beneficiaría tanto a la familia adoptiva como a las adoptadas.

Hablando de identidad, es importante destacar que hay otro aspecto poco enfatizado tanto en la Convención como en la ley. Estos documentos se beneficiarían de una atención especial en el caso de que las niñas susceptibles de adopción sean vulnerables a experimentar discriminación de género. Esto no quiere decir que todas las niñas no tienen una especial necesidad de protección ante la discriminación de género. El punto, en cambio, es que las regulaciones de adopción debiesen dejar en claro qué tipo de obligaciones y compromisos deben tener quienes adoptan respecto de estos temas, dado el contexto previo de las niñas adoptadas. Quizás, debiésemos dejar este tema delicado al Servicio Nacional de Protección especializada a la Niñez y Adolescencia y a los talleres formativos posteriores a la adopción o a otro tipo de intervenciones. Pero, si queremos avalar de manera respetable el deber de adoptar, y si queremos proteger la identidad especial de las niñas adoptadas, más valdría incluir compromisos y obligaciones explícitas de la familia y las instituciones de adopción en documentos judiciales.

### **Ideas finales**

No me parece sorprendente que, si queremos cumplir con el deber de adoptar sin violar los derechos de la niñez, tiene que haber al menos una apertura hacia hacer inversiones sustantivas en términos de mejorar estructuras, recursos, e instituciones que puedan salvaguardar el interés superior de la adoptada—tanto pre como post adopción.

Considerar el deber de adoptar, creo, nos da razones morales para justificar esas inversiones.

En este escrito me enfoqué en Chile, donde la pandemia y los procesos burocráticos probablemente contribuyeron a una reciente disminución del 45% en las adopciones. El ambiente legislativo poco amigable empuja a las familias de origen que no son capaces de cuidar de sus niñas a buscar medios ilegales o no confiables. En el intertanto, cientos de niñas siguen en la necesidad urgente de tener una familia amorosa que no sólo pueda satisfacer sus necesidades básicas, pero que pueda también ayudarles a superar los traumas físicos, psicológicos, y emocionales de sus años iniciales. Las consideraciones que presenté se extienden a otras regiones de Latinoamérica, y por supuesto, a otros países. Tomarse en serio el deber de adoptar requiere que, especialmente las *policymakers* reformulen y reconsideren las regulaciones y leyes relativas a la adopción.

Concluyo con una nota optimista. En octubre de 2023, la ministra de Desarrollo Social y Familia, Javiera Toro, anunció importantes cambios en el sistema de adopción en Chile, que comienzan a efectuarse en la región de Coquimbo. Las modificaciones anunciadas incluyen la unificación de los procesos de sistemas para adoptar o ser familia de acogida, la evaluación requerida para iniciar el proceso de adopción que pasará a ser gratuita, y el uso de una evaluación estándar creada por la Fundación América por la Infancia, junto a expertas internacionales, y validada por la Universidad Católica. La esperanza es que estas modificaciones acorten los tiempos iniciales de evaluación. Estos cambios son significativos y muy bienvenidos. Conuerdo con la Directora del Servicio de Protección Especializada, Gabriela Muñoz, en que el sistema nuevo que se propone impulsará un muy necesario ‘cambio de paradigma para avanzar a paso cierto en una política pública que pone el foco en restituir el derecho a vivir en familia de los niños, niñas y adolescentes que son atendidos por el servicio’. El éxito crucial de este nuevo paradigma exige destacar y articular de manera clara y rigurosa el interés superior de la niñez.

**JOAQUIM GIANNOTTI**