

Minuta sobre adopción de parejas del mismo sexo

Antecedentes:

1. Actual Ley 19620: Dicta normas sobre adopción de menores.
2. Proyecto de ley: Reforma integral al sistema de adopción en Chile. Boletín 9119-18. Mensaje ingresado a través de la Cámara de Diputados 08/10/2013. Idea Matriz del Proyecto: “Impulsar una reforma integral al sistema de adopción, que resguarde, fomente y favorezca con mayor ímpetu el respeto por el interés superior de los niños en esta materia.”
→Presentación de Indicaciones del Ejecutivo el 04/11/2014 -16/06/2015-04/08/2015.
3. Proyecto de ley que modifica la ley N° 19.620 para permitir la adopción de menores por parte de los convivientes civiles. Boletín N°11447-18. Moción ingresada a través de la Cámara de Diputados el 20/09/2017. Idea Matriz del Proyecto: Establecer y permitir la adopción y la crianza por parte de parejas que hayan celebrado un Acuerdo de Unión Civil, con independencia del sexo de los contrayentes.
4. Indicación Sustitutiva al proyecto de ley de Reforma Integral al Sistema de Adopción en Chile, presentada por el ejecutivo el 28 de mayo de 2018.

I. Adopción por parte de convivientes Civiles

A) Interés Superior del Niño

La reforma al sistema integral de adopción debe tener como eje principal el interés superior del niño, el cual está consagrado en artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Se trata del derecho de niños, niñas y adolescentes (NNA) a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que les afecten.¹ Este se determina en concreto y tiene que ver con qué es lo que requiere cada NNA en cada situación y cómo se satisfacen plenamente sus derechos.²

El interés superior del niño también ha sido reconocido en la legislación nacional, por ejemplo, en la ley que crea los tribunales de familia al establecer que estos deben tener como principio rector y como consideración primordial el interés superior del niño.³

Debido a la relevancia de este principio y derecho en todos los asuntos que tengan que ver con NNA, se debe velar para que la reforma al sistema de adopción efectivamente garantice dicho interés.

¹ Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Pág.3.

² Espejo, Nicolás; Lathrop, Fabiola. Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes. Comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.

³ Ley 19968 Crea los Tribunales de Familia. Art.16.

B) Derecho a la vida familiar

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.⁴ Tal como se ha reconocido en la Convención sobre los derechos del niño, esta es especialmente relevante para niños, niñas y adolescentes, ya que para su pleno y armonioso desarrollo, deben crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.⁵

La actual ley de adopción reconoce el derecho a la vida familiar de niños, niñas y adolescentes al establecer “su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le 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.”⁶

Por tanto, si bien la situación idónea es que NNA estén en su familia de origen, cuando esto no sea posible, el Estado debe buscar garantizar el derecho de estos a vivir en una familia. Este debe ser el objeto principal de la reforma del sistema de adopción en Chile.

B. 1 Concepto de Familia

Si bien la Constitución establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, ésta “**no ha definido el concepto de familia, menos aún lo ha limitado a una modalidad determinada.**”⁷ **Por el contrario, se ha entendido que el concepto de familia debe interpretarse en un sentido amplio.**⁸

En este mismo sentido, la Corte IDH ha señalado que “**no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma**”⁹, **ya que no existe un modelo específico.**¹⁰ Igualmente, en el caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile reiteró que “el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio.”¹¹ Por tanto, no solo los matrimonios pueden garantizar el derecho a la vida familiar de NNA, sino que también lo pueden hacer otros tipos de familia como las que conforman las parejas del mismo sexo.

Por tanto, al no haber un concepto determinado de familia, sino que por el contrario, esta se debe interpretar en un sentido amplio, la postura de Fundación Iguales es que la reforma a la ley de adopción no contemple una definición de familia. Por el contrario, Fundación Iguales celebra que la Comisión de Familia y Adulto Mayor haya aprobado el derecho de un niño, niña o adolescente a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, **"cualquiera sea su composición"**.

⁴ Constitución Política, art.1. Convención sobre los derechos del niño. Preámbulo, pág.1.

⁵ Convención sobre los derechos del niño. Preámbulo, pág.1.

⁶ Ley N°19.620, Art. 1.

⁷ Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Sentencia Rol: N°435-2014, de 22 de diciembre de 2014. Considerando séptimo.

⁸ Ídem.

⁹ Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Párr.136.

¹⁰ Ídem. Párr.145.

¹¹ Ídem. Párr.142.

B.2. Convivientes civiles y parejas del mismo sexo también constituyen una familia

La Unión Civil establece y protege relaciones de familia. Así se desprende de la historia fidedigna de la ley, ya que esta se presentó como una medida para promover y fortalecer la familia.¹² Además, hubo una discusión explícita durante la tramitación del proyecto de ley, y fue precisamente el legislador quien tomó la decisión de otorgarle carácter familiar, y por ende, otorgó competencia a los tribunales de familia para que resuelvan los asuntos que se originan al respecto.¹³

A mayor abundamiento, la jurisprudencia incluso ha reconocido como familia a una pareja del mismo sexo sin vínculo legal, por tener una relación estable y permanente y un proyecto en común.¹⁴

Por tanto, los convivientes civiles y las parejas del mismo sexo también pueden conformar una familia.

B.3. NNA criados por parejas del mismo sexo no tienen diferencias respecto a NNA criados por parejas de distinto sexo

American Psychological Association (APA):

No existe una base científica para concluir que las parejas del mismo sexo son padres o madres no aptos debido a su orientación sexual (Armesto, 2002; Patterson, 2000; Tasker y Golombok, 1997). Por el contrario, las investigaciones sugieren que los padres homosexuales y las lesbianas son tan propensos como los padres heterosexuales a brindar un ambiente de apoyo y saludable para sus hijos.¹⁵

Colegio de Psicólogos de Chile:

- Conforme a las investigaciones científicas “hijos/as de parejas del mismo sexo presentan niveles de salud mental equivalentes al resto de la población.”¹⁶
- “Numerosos estudios han concluido que la orientación sexual no es, por sí sola, una variable que influya negativa o positivamente en el bienestar de los hijos o hijas. Tampoco se han encontrado diferencias en las habilidades parentales entre personas heterosexuales y personas no heterosexuales.”¹⁷
- “Estudios comparativos de hijos e hijas de parejas heterosexuales con hijos e hijas de parejas del mismo sexo, han señalado que no existen diferencias en su desarrollo cognitivo, afectivo, ni en el rendimiento escolar entre ambos grupos.”¹⁸

- “No legislar la paternidad y maternidad de personas no heterosexuales argumentando la posible estigmatización social de sus hijos e hijas, no protege a

¹² Historia de la ley N° 20.830. Pág. 11.

¹³ Ley 20.830, art. 22.

¹⁴ Causa rol: C-891-2017. 2º Juzgado de Letra de los Ángeles.

¹⁵ American Psychological Association. Sexual Orientation, Parents, & Children. Disponible en: <http://www.apa.org/about/policy/parenting.aspx>

¹⁶ Comunicado Público sobre la posición del Colegio de Psicólogos de Chile A.G. acerca de la homoparentalidad y lesbomaternidad, de marzo de 2016. Pág.1.

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Ídem.

estos niños y niñas de la violencia social sino que, muy por el contrario, la reproduce, legítima y perpetúa.”¹⁹

B.4. Derecho a la igualdad y no discriminación de las parejas del mismo sexo

El derecho a la igualdad es un derecho fundamental de la más alta relevancia, el cual ha sido consagrado tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el derecho internacional de los derechos humanos. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que “la igualdad debe entenderse como un principio y como un derecho que demanda ciertos enfoques, reivindicaciones y contenidos sustantivos.”²⁰

En este sentido, cabe señalar que la orientación sexual es una categoría protegida de discriminación²¹, lo que implica que no se pueden **restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual**²², como tampoco las familias pueden ser discriminadas con base en la orientación sexual de sus integrantes.²³

Como se señaló, los estudios e investigaciones científicas demuestran que NNA criados por parejas del mismo sexo no tienen diferencias respecto a NNA criados por parejas de distinto sexo. En esta misma línea, los tribunales de familia han señalado que “**la orientación sexual de los padres no es una consideración relevante en nuestro ordenamiento jurídico.**”²⁴

Por tanto, si no hay diferencias entre la crianza entre parejas de distinto y el mismo sexo, si las parejas del mismo sexo y los convivientes civiles también pueden conformar una familia, si la jurisprudencia ha señalado que la orientación sexual de los padres no es relevante, las parejas del mismo sexo también pueden garantizar el derecho de NNA a vivir en una familia.

Por lo anterior, no se entiende que en la indicación sustitutiva del Ejecutivo se haya establecido que “*se considerará especialmente la existencia de un ambiente familiar donde se pueda ejercer adecuadamente el rol de padre y madre*”, la cual no es una expresión ni objetiva ni razonable, ya que el objeto de esta ley no debe ser perpetuar estereotipos, sino garantizar el derecho a la vida familiar de NNA susceptibles de adopción, conforme a su interés superior, sin incurrir en discriminaciones. Es decir, se debe garantizar la mejor familia para ese NNA en concreto y por ende, Fundación Iguales llama a eliminar esa expresión discriminatoria.

B.5. No se debe establecer un orden de prelación

Tal como se ha señalado y conforme a la Convención sobre los derechos del niño, la ley de adopción debe velar por que efectivamente se garantice su interés superior.²⁵ Por ende, para ver qué tipo de familia es la mejor para el NNA en concreto, se debe

¹⁹ Comunicado Público sobre la posición del Colegio de Psicólogos de Chile A.G. acerca de la homoparentalidad y lesbomaternidad.

²⁰ Corte de Apelaciones de Santiago. Nº Protección 35.639-2016.

²¹ Ley 20.609 y Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Párr.91.

²² Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Párr.91.

²³ Principios de Yogyakarta. Principio N°24: El derecho a formar una familia.

²⁴ Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia Rol: Nº 1889-2016, de 22 de noviembre de 2016. Considerando segundo.

²⁵ Convención sobre los derechos del niño. Artículo 21: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”.

hacer una evaluación de los postulantes conforme a evaluaciones de sus habilidades y capacidades parentales, aspectos médicos, psicológicos y sociales, sin establecer un orden de prelación previo y en abstracto de cuál sería el mejor tipo de familia.

Por lo anterior, el análisis de los postulantes se debe realizar sin discriminación, es decir, en ningún caso se podría declarar falta de idoneidad por causales que constituyan discriminación, como por ejemplo, la orientación sexual de los postulantes.

C) Inclusión de Convivientes Civiles en la adopción por integración

Una nueva normativa debe incluir la adopción por integración, la cual permite adoptar a un hijo/as de la pareja con los que ya se ha constituido una familia, ya sea porque este NNA no tiene una vinculación afectiva, material y social con su otro padre/madre por un período prolongado o nunca la ha tenido.

En cualquiera de estos casos, es necesario que la reforma a la ley de adopción establezca expresamente la posibilidad que los convivientes civiles puedan adoptar al hijo/a de su pareja, y no solo los cónyuges, como actualmente contempla la indicación sustitutiva del Ejecutivo.

II. Derechos Filiativos de parejas del mismo sexo

A pesar que el artículo 33 del Código Civil establece expresamente que “la ley considera iguales a todos los hijos”, del derecho a la igualdad y no discriminación, del interés superior del niño, del derecho a la identidad²⁶ de NNA, actualmente no están expresamente reconocidos los derechos filiativos de las parejas del mismo sexo, por lo que es necesario que el legislador establezca expresamente estos derechos, ya que si una pareja del mismo podrá adoptar, se debe garantizar que ambo/as integrantes tengan establecidos los derechos filiativos respecto al NNA adoptado.

III. Evitar institucionalización de NNA

Especialmente en los últimos años ha quedado en evidencia las grandes dificultades que enfrentan las residencias de acogidas de NNA, las cuales muchas veces en vez de velar por sus derechos, los terminan vulnerando.

Debido a los problemas estructurales de estos centros de acogida, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha recomendado a los Estados “que fortalezcan un proceso de desinstitucionalización de los niños que se encuentran en este tipo de establecimientos, y que fortalezcan otras modalidades de acogimiento alternativo más favorables y acordes con la protección de los derechos de los niños, tales como el acogimiento familiar.”²⁷

²⁶ Convención sobre los derechos del niño. Art. 8.

²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas. Pág.1 Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf>

En un informe elaborado por la Unicef en conjunto con la CIDH “se evidencia que la institucionalización expone a los niños a mayores riesgos de sufrir diversas formas de violencia, abuso, negligencia, e incluso explotación, en comparación con los niños que se encuentran en otras modalidades de cuidado alternativo.”²⁸ Esto debido a que en este tipo de establecimientos, niños, niñas y adolescentes “se ven expuestos a una violencia de carácter estructural, derivada de las condiciones de cuidado en las que operan muchas de estas instituciones.”²⁹

La violencia que se vive en los centros de acogida es producto “de un conjunto de factores asociados con el funcionamiento mismo de estos establecimientos, como la precariedad de sus instalaciones en términos de salubridad y seguridad, el hacinamiento, la falta de personal capacitado para trabajar con niños, el aislamiento social, la aplicación de medidas disciplinarias o de formas de control que incluyan el uso de la violencia o la medicación psiquiátrica innecesaria”³⁰ entre otras cosas.

Por lo anterior, es urgente legislar para que NNA no sigan siendo institucionalizados de manera prolongada, y que se garantice su derecho a tener y a vivir en la mejor familia conforme a las necesidades e intereses del NNA, sin ningún tipo de discriminación.

²⁸ Ídem.

²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas.

³⁰ Ídem. Pág.3