Modifica la ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia, en materia de medidas cautelares especiales aplicables en caso de abandono de menores

Boletín N°12340-18

1. Fundamentos. Como sostiene la doctrina "una buena política en materia de adopción y protección de menores exige como requisito previo e imprescindible una acertada regulación del abandono"[1]. Tradicionalmente, se consideraba que lo principal en esta materia era buscar una institución de guarda que protegiese adecuadamente a los menores abandonados, olvidando que el requisito esencial e indispensable para alcanzar la regulación justa y eficaz de estos supuestos era definir correctamente el abandono. Es por eso, que se critica "la tendencia a ligar el abandono a una determinada institución, además de provocar situaciones injustas, ha retrasado el desarrollo de una autónoma regulación del mismo, porque el legislador, establecida esa conexión parecía tranquilizar su conciencia, olvidando que uno de los principales derechos de cualquier menor es que única y exclusivamente pueda ser declarado abandonado con las garantías que la Constitución y las leyes le reconocen"[2].

Cabe señalar que fenomenológicamente, y sin pretender sentar una regla general, una de las primeras hipótesis sobre abandono es aquella en que los padres tienen la intención de abandonar, pero sin poner en riesgo la vida del menor, como puede ser en un recinto hospitalario después del parto o cuando acuden a una institución de protección manifestando la voluntad expresa de abandonar al hijo.

Es precisamente, desde que se aprecia que un menor esta desasistido hasta que se comprueba y declara el abandono, transcurre un período de tiempo durante el cual es preciso proteger al menor. Esa protección requiere, en primer lugar, un mecanismo que permita a las entidades administrativas atender rápida y efectivamente a los menores. Es en este contexto que surge la necesidad de precisar mecanismos de protección antes de la declaración judicial de abandono y susceptibilidad para adopción. En este punto el sistema y oportunidad de tutela que se adopte es fundamental.

En la órbita comparada la ley italiana de 1983, legitima "la intervención del juez al disponer de oficio la apertura del procedimiento para la declaración de abandono, dotando de medios necesario para obviar con urgencia los peligros surgidos por el abandono mismo, es decir, facilita a los menores un amparo rápido, eficaz y con garantías, es decir, con carácter cautelar se pueden adoptar medidas que pueden ir desde la mera limitación de la patria potestad hasta el alejamiento del hijo, el nombramiento de un tutor o el acogimiento institucional o familiar"[3].

---

1 González, Carmen. El Abandono de menores en el Código Civil. Bosch Editores, Barcelona, 1995.

2 Ídem.

3 González, ob. Cit. p. 201 y ss.

Si bien la legislación contenida en la ley Nº 19.968, que creo los Tribunales de Familia, contempla medidas cautelares especiales, consistente en que "en cualquier momento del procedimiento, y aún antes de su inicio, el juez puede: confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia", pudiendo preferir a sus parientes consanguíneos o a otras personas o el ingreso a un programa de familias de acogida o centro residencial, por el tiempo que sea indispensable, como se desprende del art. 71, empero se señala no podrá durar más de 90 días. En general la tutela provisional, a propósito de un concreto proceso de urgencia, se ha efectuado a propósito del recurso de protección y no en el ámbito de las medidas cautelares[4].

En este contexto, se puede sostener que estudios científicos afirman que la falta de estimulación y de apego puede conllevar varios trastornos físicos y sicológicos en las personas. Se trata de un conjunto de alteraciones físicas y psíquicas que padecen los niños como consecuencia de un prolongado internamiento en instituciones sanitarias u hospicios, privados de la afectividad de sus madres. Este planteamiento, fue descrito en 1946 por el psiquiatra René Spitz[5], -discípulo de Freud-, que estudió el desarrollo psicoafectivo de 100 pequeños que vivían en un orfanato cercano a Nueva York, durante la II Guerra Mundial. A pesar de estar bien cuidados, los niños entraban en un estado de aletargamiento y estupor que podía llevarles a la muerte. En otras palabras, la causa del síndrome del hospitalismo es una carencia afectiva, ocasionada por la separación madre hijo en las primeras etapas del desarrollo.

Siguiendo esta perspectiva se puede señalar que en comparación a un niño que recibe la estimulación por parte de la madre o sustituta se percibe un desarrollo físico e intelectual inferior, dada la "plasticidad" del sistema nervioso en el desarrollo del cerebro, junto a esa capacidad general "plástica de aprender y memorizar, hay periodos críticos o "ventanas plásticas", pasados los cuales, si el individuo no ha tenido la relación correspondiente con su entorno, difícilmente volverá a tener la oportunidad de desarrollar ciertas capacidades". Hoy se sabe que el desarrollo de todo ser vivo es un proceso estocástico (aleatorio), muy versátil. El dictado genético "es un proyecto que se desarrolla por diferentes caminos, en función del medio ambiente en el que tenga lugar dicho proyecto"[6]. De este modo, la plasticidad del sistema nervioso en el contexto de la estimulación y aprendizaje temprano, a la vez que da cuenta de las inmensas posibilidades del desarrollo infantil, implica también que existen mayores posibilidades de que las experiencias negativas o la carencia de estímulos positivos o apropiados puedan provocar efectos graves y sostenidos en el niño o niña. "Cuando el niño o niña no es objeto del cuidado que le hace falta durante los períodos de desarrollo decisivos, o cuando sufre hambre, abusos o abandono, es posible que se vea afectado el desarrollo de su cerebro"[7].

---

4 Cf. Marín, Juan Carlos. Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Editorial Jurídica de Chile, 2004: p. 95.

5 Con detalle Spitz, Rene. A genetic field theory of ego formation: its implications for pathology. Internacional Press, 1959.

6 Mora, 2000: p. 12.

7 Cf. en: http://www.mineduc.cl/usuarios/edu.especial/File/GuiaIntelectual.pdf

Respecto a esta problemática, el psiquiatra infantil Eduardo Jaar enfatiza en el concepto de "hospitalismo", vinculándolo al síndrome presentado por aquellos niños que por diversa razón son obligados a pasar periodos largos en completa soledad, expresándose en una actitud de indiferencia, ensimismamiento, lo que es claramente una respuesta ante la falta de estímulo y al silencio.

Las secuelas del abandono además pueden manifestarse a largo plazo, con el "déficit cognitivo acumulativo" determinando su capacidad de aprendizaje, ya que la estimulación temprana está relacionada con la sinapsis, "primero aprendemos con nuestro cerebro mediante el establecimiento de nuevas redes o circuitos neuronales. Las neuronas se reagrupan y se intercomunican a través de la sinapsis"[8]. Hecho que puede constatarse en los resultados de investigaciones realizadas a menores adoptados, los cuales presentaron mayores dificultades en el desarrollo escolar en comparación a aquellos que fueron estimulados por sus padres o cercanos, este "déficit" ha sido atribuido por especialistas al abandono sufrido por los pequeños en momentos decisivos. Sin embargo, existe la percepción de que esta carencia es algo innato y resultado de la herencia, desincentivando la adopción de la mayoría de las guaguas abandonadas, ya que estos provienen de familias vulnerables, castigando nuevamente al menor, siendo el abandono un estigma que lo acompañará a lo largo de su vida. Refiriéndose al carácter innato o adquirido de estas deficiencias, el Ministerio de Salud señaló que la vieja controversia entre lo innato y lo adquirido, lo biológico y lo social, lo genético y lo ambiental, se ha superado y actualmente se considera el desarrollo evolutivo como una epigénesis interaccional. Por epigénesis se entiende el proceso de inducción sucesiva y recíproca entre los elementos de diferentes sistemas que conducen a la construcción de una persona que es simultáneamente un "organismo, un yo y un miembro de la sociedad". Así el desarrollo psicológico del niño es en realidad desarrollo psicosocial[9]. O como señala la investigación de Gabriel Corfas "el abandono temprano, el aislamiento, en periodos críticos de la infancia, influye en la maduración de los oligodendrócitos (las células responsables de la producción de mielina en el sistema nervioso central). Por tanto, el abandono, en periodos críticos del desarrollo, provoca la pérdida de mielina en las regiones pre frontales del cerebro del niño, regiones que más tarde la persona necesitará para poder aprender"[10], y no pone énfasis en las verdaderas raíces de estas deficiencias a causa del abandono, secuelas que se van acentuando, dejando en muchos casos consecuencias devastadoras.

Es por eso que se afirma que "el tratamiento para el hospitalismo, se centra básicamente en la reinserción del niño a la madre o a la vez a un adecuado sustituto materno"[11]. Las mejoras que se han dado en los últimos años en los lugares de internamiento también han contribuido a la prevención de esta carencia afectiva ocasionada por la separación madre hijo durante las primeras etapas del desarrollo.

8 cf. en: http://www.thefamilywatch.org/ridspf/RIDSPF41.pdf

9 Kimelman, Mónica. Desarrollo psicológico del bebe y del preescolar. Psicopatología infantil y de la adolescencia. Mediterrane. Pág. 3

10 óp. Cit

11 Cabrera, María. El hospitalismo según Rene Spitz. Monografía para la obtención del Título de Psicologa clínica, Universidad de Azuay. Universidad de Buenos Aires, 2005.

En Chile la Constitución Política de Chile garantiza en su numeral 1º del artículo 19º el derecho a la integridad física y psíquica, de manera que corresponde al Estado velar por los derechos de aquellos que se encuentren en una situación de vulnerabilidad o desprotección, estableciendo que los recintos hospitalarios cuenten con un registro familias de acogida o en su defecto, de voluntarios con la finalidad de aminorar en el menor los efectos físicos y psicológicos productos del abandono, informando a quienes se encuentren en aquel registro inmediatamente al momento de tomar conocimiento del tal situación de abandono. En este sentido, resulta fundamental otorgar los cuidados necesarios para un correcto desarrollo biopsicosocial, es decir, de insumos de diversa índole, tales como; leche materna, cuidado personalizado, y otras actividades acordes a la edad, y por sobre todo, el vinculo de afectividad. Sobre este punto se puede citar a nivel jurisprudencial una interesante sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta (causa rol 657-2008), que en otro contexto señala el punto que nos interesa: "…La relación madre-hijo es fundamental independientemente de si la madre es drogadicta, delincuente, prostituta, etc. y especialmente si el hijo es un recién nacido que requiere ser alimentado por ella. Hoy se considera que en los primeros cinco años de existencia de una persona, es primordial el vínculo con sus padres y en especial con la madre, situación que tiene que ver con el desarrollo de la inteligencia emocional y con la integridad física y síquica en aras de convertirse en un sujeto sano, sin traumas y normal. Por tal razón aparece como muy importante que el niño no sea separado de su madre en esta etapa de su vida, aun cuando esté en un Centro Penitenciario, porque lo determinante aquí es el vínculo entre ambos.[...] medida arbitraria no explicitada que vulnera derechos fundamentales de sus representados, como el derecho a la integridad física y psíquica de la persona, garantía contemplada en el artículo 19 Nº 1 de la Constitución Política de la República y los contemplados en los artículos 11 Nº 2 y 25, este último en armonía con los artículos 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las disposiciones constitucionales de los artículos 5º inciso segundo, 19 Nº 3 y 26 y artículo 20 de la Constitución Política de la República, además en los derechos contemplados en los artículos 2, 5, 7 y 9 de la Convención de los Derechos del Niño".

Como lo han señalado organizaciones a nivel mundial y la comunidad médica en general, el alimento de los recién nacidos por antonomasia es la leche materna, como señala la plataforma on line del Ministerio de Salud, "las familias de muy bajos recursos alimentan a sus niños con mezclas diluidas de poco valor nutritivo, que no contribuyen a un crecimiento y desarrollo adecuados. Aportarle nutrientes adicionales a la madre que amamanta resulta más barato que comprar productos sustitutos de la leche materna. Favorecer la lactancia significa, además, ahorro de recursos para los servicios de salud por concepto de fórmulas, biberones y personas"[12] cuyos beneficios son la inmunidad contra diversas infecciones, alergias y el desarrollo intelectual, además de los beneficios psicológicos que el apego tiene, de forma que se priorizará el neo nato sea alimentado por una nodriza directamente en la maternidad y sean las madres de otros recién nacidos quienes lo amamanten, siguiendo una conducta milenaria, basada en la solidaridad y el amor al prójimo. Sobre esto debemos recordar al destacado psicoanalista Erich Fromm quien sentenció "el amor sólo

12 ver en: http://web.minsal.cl/LACTANCIA_MATERNA revisado el 21 de oct. de 14

comienza a desarrollarse cuando amamos a quienes no necesitamos para nuestros fines personales”[13] .

El presente proyecto busca aminorar los efectos perniciosos del abandono en sus primeros días, pues tal como lo ha expresado recientemente un reportaje[14], en palabras del psiquiatra Eduardo Jaar, refiriéndose al caso de Diego, menor que fue abandonado en el hospital el día 22 de julio de 2014, precisamente el día de su nacimiento, “la soledad que experimenta una guagua abandonada, a la que nadie toca ni arrulla en sus primeros meses de vida, tiene un impacto muy severo en su desarrollo síquico futuro: desde sufrir una depresión o un trastorno de personalidad hasta cuadros de autismo y comportamientos delictuales”[15].

2. Ideas matrices. En este sentido el presente proyecto de ley supone cumplir con los convenios suscritos por el Estado de Chile, estableciendo la igualdad entre los niños evitando que las circunstancias del nacimiento, sean causas de vulnerabilidad o diferencias sociales, por lo que se establece que a fin de garantizar el desarrollo integral del menor, se garanticen medios explícitos para garantizar su desarrollo físico y psíquico. Es por eso que se propone establecer los lineamientos para enfrentar la situación del abandono, por una parte estableciendo la obligación perentoria de informar al juez y adicionalmente orientar la decisión del juez a aquella opción que garantice el desarrollo afectivo del menor abandonado con carácter urgente y no mediante el mecanismo de protección consistente en una institución de acogida. En este sentido se propone que; a) se cuente con un registro actualizado de familias de acogida; b) en el caso de no contar con este registro se debe contar un registro de voluntarios con el fin de apoyar afectiva y materialmente al recién nacido.

Es sobre la base de estos antecedentes que venimos en proponer el siguiente:

Proyecto de ley

Artículo único.- Introducense a la ley 19.968, que crea los tribunales de familia, las siguientes modificaciones:

1) Incorpórese en el artículo 70 el siguiente inciso segundo nuevo, pasando el actual a ser inciso final:

---

13 Fromm, Erich. El arte de amar. Pág. 54

14 ver en: http://www.paula.cl/reportaje/estas-guaguas-estan-muy-solas/

15 ver en: http://www.paula.cl/reportaje/estas-guaguas-estan-muy-solas/

“Los jefes de establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares que tomaren conocimiento del abandono de un niño o niña en los establecimientos por ellos dirigidos, deberán iniciar el procedimiento al que se refiere este artículo dentro del plazo de veinticuatro horas, contadas desde la ocurrencia del hecho.”.

2) Incorpórese en el artículo 71 el siguiente inciso final:

“En el caso de abandono de un niño o niña, comunicado este hecho por jefes de establecimientos hospitalarios conforme al inciso segundo del artículo precedente, el juez deberá resolver de inmediato y confiarlo al cuidado de una persona o familia de conformidad con la letra b) o c) de este artículo, debiendo preferir especialmente a los guardadores de los programas de familias de acogida de los cuales se tenga un registro debidamente actualizado.”.

JUAN LUIS CASTRO
DIPUTADO DE LA REPÚBLICA