



Ficha de formación N° 11

Una regla general para los Niños y la Familia TERMINACION DE LA PATRIA POTESTAD Y SUS CONSECUENCIAS

La relación entre las medidas de protección de los niños, terminación de la patria potestad y la adopción es la cuestión que frecuentemente aparece en un número de países y que involucra importantes cuestiones éticas y legales.

A pesar de su complejidad y especificidad, allí quedan, hasta lo que conocemos, sin literatura específica sobre el tema. Sin embargo, cuando dirigimos y debatimos la naturaleza y los efectos de las medidas de protección del niño dirigidas a la terminación de la patria potestad y la adopción, deben considerarse las siguientes reglas.

Naturaleza de la medida: la terminación de la patria potestad y de la responsabilidad, como medidas de protección del niño, están diseñadas para proteger los más importantes intereses del niño mientras se le mantiene legalmente como un miembro de su familia de origen (hijo o hija). Hasta donde conocemos, en derecho comparado, es una medida temporal y de posible revisión, cuyo último y prioritario objetivo es la reintegración del niño en su familia de origen – aunque, después de la revisión de la medida, podría acabar en adopción. Por otro lado, la adopción es una solución permanente, una consecuencia de todos los esfuerzos para reintegrar al niño dentro de la familia de origen que han fallado, y que modifica permanentemente la filiación legal del niño.

Consecuencias de la terminación de la patria potestad: la terminación de la patria potestad y de la responsabilidad es debida a menudo a cuestiones que garantizan la separación temporal del niño del cuidado parental. Sin embargo, la preocupación reposa, en la mayoría de los países en la falta de disponibilidad, de prevención apropiada, de soluciones prudentes y falta de intentos, una vez que el niño ha sido internado, para

supervisar la situación familiar y reintegrar al niño en su familia en la medida en que sea lo mejor para él. La terminación de la patria potestad y de las responsabilidades, en todo caso, debería ser una medida de último recurso, aunque sea de naturaleza temporal. El principal problema y preocupación, en algunos países, es que cuando se convierte en una medida de protección común y cuando los padres se ven privados de su patria potestad, los niños son a menudo adoptados rápidamente. Respecto de esto, el Comité de los Derechos del Niño frecuentemente expresa su preocupación sobre la ausencia de los debidos procesos judiciales en muchos países, incluidas valoraciones técnicas de la capacidad de los padres o tutores, en algunos casos involucrando la terminación de la patria potestad, al igual que el hecho de que la pobreza de los padres pueda ser también una base legal para la adopción. También, todas las partes interesadas debieran tener una oportunidad para participar en el proceso y hacer que sus puntos de vista sean conocidos (art.9 CRC). Esta condición es especialmente importante para el niño.

Consentimiento a la adopción: En este contexto, es importante saber si la terminación de la patria potestad y responsabilidad debieran provocar la privación de los padres para

consentir a la adopción de sus hijos. Como cuestión de principio, la adopción debe realizarse solamente si los padres de origen han consentido a ella. Sin embargo, pudiera haber circunstancias en las cuales la adopción sin el consentimiento de los padres pudiera ser considerada o cuando los derechos de los padres a consentir a la adopción pudieran ser negados, como cuando los padres han muerto, desconocidos o sin rastro, también como cuando una adopción forzada pudiera ser necesaria en el mejor interés del niño (irrazonable rechazo al consentimiento a la adopción, declaración de abandono, cuando todos los esfuerzos para trabajar con los padres y para reintegrar los niños han fallado o se han probado ineficaces). Las decisiones sobre la adopción del niño son, sin embargo, decisiones permanentes, que no debieran automáticamente resultar de una medida temporal como la terminación de la patria potestad. La cuestión es de saber si el sistema legal considera que el derecho de consentir a la adopción proviene de la filiación legal o de la patria potestad. Nosotros quisiéramos abogar por la primera solución.

De la experiencia aprendida a través del derecho comparado y de la práctica, quisiéramos abogar a favor de un sistema a dos conceptos para el desenvolvimiento legal en las separaciones de familia graves, que contienen serios problemas para el niño:

- Una medida de protección del niño revisable y temporal - la terminación de la patria potestad, dentro de un marco de medidas preventivas y curativas cuyo objetivo sería ayudar a la familia a reintegrar al niño;
- Una medida de filiación - la adopción forzada, sin el consentimiento de los padres en circunstancias muy limitadas y legalmente bien descritas. Las autoridades

competentes tendrían que escoger entre estos dos tipos de medidas en consideración de:

- (a) La naturaleza temporal o permanente en la separación del niño de su familia;
- (b) El plan hecho para el futuro del niño: reintegración en la familia de origen o de adopción.

Perspectiva del niño: El mejor interés del niño debiera ser la consideración primordial cuando una decisión tan complicada tiene que ser tomada. El niño no debería ser separado de sus padres en contra de su voluntad “excepto cuando las autoridades competentes sujetas a revisión judicial determinen, de acuerdo con la ley aplicable y los procesales, que esta separación es necesaria para el mejor interés del niño” (art. 9 CRC). Además, los niños privados temporal o permanentemente del ambiente familiar o en cuyo propio interés no puede permitirse la continuación en ese ambiente tienen derecho a una protección especial (art. 20 CRC). Además de los aspectos psíquicos y emocionales, esta protección también tiene como objetivo el estatuto judicial de estos niños que tiene que ser asegurado. Si los padres ya no son legalmente responsables, las autoridades competentes deben tomar las medidas tutelares apropiadas de acuerdo con la posibilidades de la ley nacional. Esta medida debiera intervenir simultáneamente a la terminación de la decisión de la patria potestad, de manera a evitar todo periodo de no protección.

ISS/IRC Abril 2006

Para mayor información:

- CRC Día de Discusión General sobre Niños sin cuidado parental (<http://www.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion/recommendations2005.pdf>)
- Implementation Handbook for the Convention of the rights of the Child, UNICEF, edición completamente revisada 2002.

¡Su opinión nos interesa! Para contarnos sus experiencias, plantearnos sus preguntas relacionadas con las temáticas abordadas en esta ficha, o también para sugerirnos modificaciones, no duden en escribirnos a irc-cir@iss-ssi.org. Les invitamos también a compartir esta ficha con otras personas interesadas en su país. ¡Gracias por adelantado!

El SSI/CIR quiere agradecer al Cantón de Ginebra, en Suiza, por su apoyo financiero a este proyecto de fichas y a la Comisión Italiana de las adopciones internacionales por la financiación del Manual Práctico “El interés superior del niño y la adopción”, base de numerosas fichas.