

Proyecto de ley, iniciado en Moción de la Honorable Senadora señora Astudillo, que modifica diversos cuerpos legales, con el objeto de otorgar protección a los niños y niñas abandonados en establecimientos de salud.

1. Fundamentos.

En términos fenomenológicos, el *hospitalismo* se convirtió en un símbolo del daño que la atención institucional a largo plazo causaba a los niños. Quienes documentaron dicho daño sostuvieron que los vínculos emocionales específicos en las primeras etapas de la vida son cruciales para que los niños se normalizaran¹. Así, en orfanatos y asilos infantiles, instituciones similares a hospitales que dieron nombre al *hospitalismo*, investigadores y médicos observaron una serie de comportamientos similares al autismo en niños pequeños, desde la apatía y la indiferencia hasta el desgaste y el mecerse. Estos peligros, a menudo revelados en las primeras semanas y meses de vida, no estaban relacionados con el saneamiento deficiente, la desnutrición ni las enfermedades epidémicas, amenazas claramente vinculadas a las altas tasas de mortalidad infantil. Los niños hospitalizados podían estar bien nutridos, limpios y libres de infecciones. Incluso podían tener acceso a las tecnologías más avanzadas disponibles en atención hospitalaria neonatal y pediátrica. Sin embargo, mostraban signos inquietantes. El *hospitalismo* animó a los investigadores a interpretar el desarrollo como un proceso desigual que combinaba lo normal y lo anormal. Esto hizo posible que los bebés con cuerpos sanos se enfrentaran a importantes riesgos cognitivos e inspiró la atención sostenida más temprana al desarrollo emocional en la infancia, incluso a fines del siglo XIX como expresa el autor citado:

“The causes for this condition of things are numerous. Some are clearly apparent, and may be easily remedied; others are obscure, and in actual experience are very difficult to correct. During recent years there has been a remarkable multiplication of hospitals for infants and children. The desire

¹ Floyd M. Crandall, “Editorial: Hospitalismo”, *Archivos de Pediatría y Medicina Adolescente* 14, no. 6 (junio de 1897):448-54.

on the part of the charitable to provide for the shelter and care of sick babies is a most worthy one. No class of invalids appeals more strongly to the sympathies than do these helpless little sufferers. But it has been the sad fortune of many such benevolent givers to be seriously disappointed in the results, when viewed by the death rate alone. It is difficult for them to understand why infants placed in comfortable and beautiful surroundings should, after a time, begin to pine, and gradually waste away. Hospital physicians have not infrequently been blamed by lady managers for what seemed to them improper haste in sending children out of a comfortable hospital ward to an uncomfortable and perhaps unhygienic home. Yet such a course is necessary in most hospitals to save the baby from hospitalism, a disease more deadly than pneumonia or diphtheria. That this is not an exaggerated statement may be demonstrated by the records of every infants' hospital situated within the limits of a large city. The condition is by no means a new one; it was described years ago by Jacobi"².

En este sentido, 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”³. 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”⁴.

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

² Crandall, Hospitalism. Archives of Pediatrics 14(6):448-454, June, 1897.

³ González, Carmen. *El Abandono de menores en el Código Civil*. Bosch Editores, Barcelona, 1995.

⁴ Ídem.

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 está 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”⁵.

Si bien la legislación contenida en la ley N° 19.968, que creó 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 cautelares⁶.

En este contexto, se puede sostener que estudios científicos afirman que la falta de estimulación y de apego puede conllevar varios trastornos físicos y psicológicos en las

⁵ González, ob. Cit. p. 201 y ss.

⁶ Cf. Marín, Juan Carlos. *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno*. Editorial Jurídica de Chile, 2004: p. 95.

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 Spitz⁷, -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.

Entre los primeros, 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”⁸.

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”⁹. 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

⁷ Con detalle Spitz, Rene. *A genetic field theory of ego formation: its implications for pathology*. Internacional Press, 1959.

⁸ Mora, 2000: p. 12.

⁹ Cf. en: <http://www.mineduc.cl/usuarios/edu.especial/File/GuiaIntelectual.pdf>

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”¹⁰. Hecho que puede constatararse 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 psicosocial¹¹. 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 oligodendrocitos (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”¹², y no pone énfasis en las verdaderas

¹⁰ cf. en: <http://www.thefamilywatch.org/ridspf/RIDSPF41.pdf>

¹¹ Kimelman, Mónica. Desarrollo psicológico del bebé y del preescolar. Psicopatología infantil y de la adolescencia. Mediterráneo. Pág. 3

¹² óp. Cit

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”¹³. 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.

En nuestro sistema, la Constitución Política 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 vínculo 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

¹³ Cabrera, María. *El hospitalismo según Rene Spitz. Monografía para la obtención del Título de Psicóloga clínica*, Universidad de Azuay. Universidad de Buenos Aires, 2005.

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 N° 1 de la Constitución Política de la República y los contemplados en los artículos 11 N° 2 y 25, este último en armonía con los artículos 1° y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las disposiciones constitucionales de los artículos 5° inciso segundo, 19 N° 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”.

La ley N° 21.430 prescribe en su artículo 51, que “Los órganos de la Administración del Estado, en el ámbito de sus competencias, el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, según corresponda, otorgarán las prestaciones necesarias para la recuperación, reintegración familiar e integración social y educativa de todo niño, niña o adolescente vulnerado en sus **derechos por abandono**, explotación o abuso; situación de discapacidad; situación de calle; tortura u otra forma de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, conflictos armados, o cualquier otra causa de vulneración. Asimismo, velarán por la integración social de los que infrinjan la ley.”.

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 online 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”¹⁴ 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

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

quienes lo amamanten, siguiendo una conducta milenaria, basada en la solidaridad y el amor al prójimo.

El presente proyecto busca aminorar los **efectos perniciosos del abandono** en sus primeros días, pues tal como lo ha expresado en diversos reportajes¹⁵, en palabras del psiquiatra Eduardo Jaar, refiriéndose al caso de un 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”¹⁶.

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 dentro de 24 horas al Servicio de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, o al Tribunal de Familia y adicionalmente orientar la decisión del juez a aquella opción que garantice el desarrollo afectivo del menor abandonado con carácter urgente. En este sentido se propone que prefiera confiar su cuidado a una persona o familia (*parientes consanguíneos o personas con las cuales tenga relación de confianza*), o su ingreso a un programa de acogida con personas debidamente evaluadas y capacitadas.

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

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

¹⁶ ver en: <http://www.paula.cl/reportaje/estas-guaguas-estan-muy-solas/>

Proyecto de ley

Artículo 1.- Incorpórese en la Ley N° 21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, la siguiente modificación:

Agrégase en el inciso segundo del artículo 38 la siguiente frase final:

“Los Directores de hospitales y clínicas particulares que tomaren conocimiento del abandono de un niño o niña en los establecimientos por ellos dirigidos, deberán informar esta situación al Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia o al Tribunal de Familia competente, dentro del plazo de veinticuatro horas contadas desde la última visita o desde su ingreso, en caso de no concurrencia. Semestralmente reportará la cifra de niños en esta situación al Departamento de Estadísticas e Información de Salud (DEIS) del Ministerio de Salud.”.

Artículo 2.- Modifíquese la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, de la siguiente forma:

Incorpórese en el artículo 71 el siguiente inciso final:

“En el caso de abandono de un niño o niña en un establecimiento de salud, el juez resolverá de inmediato y preferirá adoptar las medidas cautelares consistentes en confiarlo al cuidado de una persona o familia, o su ingreso a un programa de acogida de conformidad a las letras b) y c) de este artículo, con personas debidamente evaluadas y capacitadas por el Servicio de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia.”.