

**“ CONFLICTOS DE COMPETENCIA LEGAL
EN MATERIA DE ADOPCIÓN, EN EL
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO “**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.
Profesor Guía: Avelino León Steffens.

Memorista: Rodrigo Alexis Palma Muñoz.
Santiago, Diciembre 1999.

Texto completo NO publicado por no contar con autorización escrita del autor

INDICE GENERAL DE LA OBRA. .	1
INTRODUCCIÓN .	5

INDICE GENERAL DE LA OBRA.

Introducción.

Notas Bibliográficas a la Introducción.

Capítulo Primero.

I.- Tipos de Adopción en la legislación chilena. Características, requisitos y efectos.

Ley N° 7613.

Requisitos de forma.

Requisitos de Fondo en relación al adoptante.

Requisitos de fondo en cuanto al adoptado. Requisitos de fondo del acto.

Breve reseña de su tramitación. Impugnación y nulidad. Impugnación.

Nulidad. Efectos de la Adopción.

Expiración de la Adopción.

Adopción Simple Ley N° 18703.

Requisitos de Forma. Requisitos de fondo del adoptante. Requisitos de fondo del adoptado.

Breve reseña de su tramitación. Efectos de la Adopción.

Extinción de la Adopción.

Adopción Plena Ley N° 18703.

Requisitos de forma de la adopción. Requisitos de Admisibilidad de la adopción.

Requisitos de fondo en cuanto al adoptante.

Requisitos de Fondo en cuanto al adoptado.

Breve reseña de su tramitación.

Efectos de la Adopción Plena.

II.- Actividad Administrativa en el desarrollo de la adopción.

Salida de menores del País para su Adopción en el extranjero.

Tramitación de la solicitud.

III.- Ley N° 19620. Nueva Ley de Adopción. Análisis de su contenido.

Análisis de la nueva ley.

Competencia y procedimiento.

Procedimientos previos a la adopción.

Adopción de menores por personas no residentes en Chile.

Notas bibliográficas al Capítulo Primero.

Capítulo Segundo

Tendencias generales a nivel mundial.

La Convención de la Haya de 1993.

Normas de solución de conflictos en América latina. Breve análisis de su evolución.

Nociones generales.

Código de Bustamante.

Convenciones e instrumentos internacionales americanos sobre el tema. Tratado de Montevideo de 1940.

Instrumentos americanos de carácter multilateral.

Convención de La Paz de 1984.

Iniciativas latinoamericanas contemporáneas.

Derecho comparado a nivel americano. Ideas generales.

Análisis de algunas legislaciones americanas sobre adopción.

Normas de solución de conflictos en Europa. Nociones generales.

Instrumentos europeos sobre el tema.

Convención de La Haya de 1965.

Convención Europea de 1967.

Derecho comparado.

Notas bibliográficas al Capítulo Segundo.

Capítulo Tercero

Solución de conflictos de leyes en la legislación chilena, distintos criterios aplicables.
Problemas del Derecho Internacional Privado.

Sistemas de solución de conflictos.

Evolución histórica de los medios de solución de conflictos.

Ley que rige la constitución.

Ley que rige los requisitos de fondo.

Ley que rige la edad de las partes.

Ley que rige la diferencia de edad.

Ley que rige la utilidad de la adopción para el adoptado. Ley que rige el estado de abandono. Ley que rige que el adoptante debe carecer de descendencia.

Ley que rige que el adoptante debe tener la tuición del menor. Ley que rige las prohibiciones para adoptar.

Ley que rige los requisitos de forma.

Ley que rige los efectos de la adopción.

Ley que rige el derecho sucesorio.

Ley que rige el derecho de alimentos. Ley que rige la autoridad paterna y la patria potestad.

Época en que comienza a producir efectos la adopción. Extinción de la adopción.

Exequátur.

Limites a la aplicación de la ley extranjera.

Aplicación del Orden Público Internacional.

Fraude a la ley.

Caso de la institución desconocida.

Notas bibliográficas al Capítulo Tercero.

Conclusiones.

Bibliografía general.

Índice.

INTRODUCCIÓN

Vivimos en una era llena de avances tecnológicos, de grandes economías vinculadas entre sí, de comunicaciones cada vez más fluidas, y de una calidad de vida en constante crecimiento, pero ello nos hace olvidar que aún existe en el mundo, y además está deciendo, en nuestro propio país, una situación de pobreza preocupante, de personas que quedan a un lado del camino por falta de oportunidades, y con problemas sociales más que preocupantes. Dentro de este grupo de personas hay un sector que merece nuestra más detenida atención; se trata de los niños que por falta de medios de sus padres, o por vivir en un medio peligroso, o por cualquier otro motivo, se encuentran en una situación de desamparo total, donde muchas veces no tienen una familia que se haga cargo de ellos, y en los casos que ella existe, generalmente resultan una influencia nociva para el menor. Por ello, durante este siglo, se ha buscado a veces sin éxito, fórmulas para el adecuado cuidado de los menores, para protegerlos y asegurarles una vida digna y en que puedan verdaderamente alcanzar sus potenciales.

Dentro de las medidas que se han perfeccionado en este ámbito destaca la adopción, que aunque tiene una larga historia, aún es uno de los medios más idóneos para alcanzar los fines antes señalados. Pero que es en realidad la adopción, todos tenemos alguna idea de lo que ella significa, pero para los objetivos que persigue este trabajo es necesario entregar algunas definiciones doctrinales sobre ella: Según José Castán Tobeñas es “ Un acto Jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil del que derivan relaciones análogas (aunque no idénticas), a las que resultan de la paternidad y filiación natural. Según Joaquín Escriche, en su Diccionario Jurídico “ es un acto de prohijar o recibir como hijo a quién naturalmente no lo es“. Pero

como no existe un solo tipo de adopción, como veremos en el desarrollo de esta obra, no siempre el concepto antes señalado engloba todas las posibilidades de la institución. Humberto Pinto Rogers la define como “ un contrato familiar solemne, sometido para su eficacia a aprobación judicial, que crea entre dos personas llamadas respectivamente adoptante y adoptado, vínculos ficticios de filiación y parentesco en cierta medida similares, a los que resultan de la filiación legítima “(1). La Oficina de Estadísticas de la ONU, en 1953 la definió como “ el hecho voluntario y legal de tomar y tratar al hijo de otros padres como hijo propio, con arreglo a las leyes del país “. Por su parte, la Sociedad Síndrome del Niño Agredido, la definió en 1987 como “ el otorgamiento judicial, de efectos constitutivos y con las condiciones de secreto, irrevocabilidad y total desvinculación de la familia de sangre, obedeciendo los requisitos fijados por la ley, a un niño abandonado, huérfano o desamparado, del estado de hijo legítimo de un matrimonio o excepcionalmente de una persona viuda “. A su vez, Roberto Suarez, destacando el rol social de la institución, la define como “ una institución jurídica que persigue fines de carácter social, los cuales son los que se derivan del prohijamiento, y no puede entonces asignársele un mero valor económico o patrimonial “(2). En resumen, podemos señalar a la adopción como una ficción por la cual una persona viene a considerarse respecto de otra, en las mismas condiciones de paternidad y filiación que las derivadas de la procreación. Por ello, la ley crea una nueva relación de familia que modifica el estado jurídico de las personas, y si bien, puede intervenir en su realización un acuerdo de voluntades, el no es el que la regula, sino que las disposiciones de la ley. (3)

Pero la adopción no es una creación de nuestros tiempos, sino que tiene una larga tradición en el Derecho occidental; claro esta que han ido variando las motivaciones que la impulsan en las diferentes épocas. Podemos afirmar que los orígenes de la adopción se encuentran en la antigua India, donde tenía una finalidad eminentemente religiosa y también el proporcionar descendencia legítima, para así erradicar la antigua tradición de que si fallecía el cónyuge sin obtener descendencia, su hermano debía casarse con su viuda. Siglos después reaparecería, con similares características, en Atenas, donde existía una adopción entre vivos y una por acto testamentario. En la primera, el adoptante y adoptado debía manifestar su voluntad frente a la Asamblea Popular, realizando una serie de actos simbólicos que exteriorizaban la protección que el adoptante confería al adoptado. En cuanto a la adopción testamentaria, comenzaba a producir efectos tras la muerte del adoptante, pero, ellos cesaban si con posterioridad a la fecha del testamento, se originaba descendencia legítima del adoptante. En lo que respecta a los requisitos necesarios para ser adoptante, estos eran el ser un ciudadano griego; plenamente capaz, por lo que la mujer estaba imposibilitada de hacerlo; no tener descendencia legítima; y ser mayor de edad (4). En cuanto a los requisitos para ser adoptado, debía ser descendiente de atenienses, varón, e hijo legítimo. Los efectos de la adopción eran el romper los vínculos del adoptado con su familia de origen, pasando a considerarse como hijo legítimo del adoptante, con plenos derechos hereditarios y en el culto religioso de la familia (5). En cuanto a la terminación de la adopción, podía ser por el consentimiento de las partes (6) o revocable por la ingratitud del adoptado. (7)

Pero para nosotros, la concepción más importante, por ser la base sobre la cual se desarrollaron las legislaciones modernas, es la del Derecho Romano, que se regula en la

Ley I, Título VII del Digesto y en el Título XI, Libro I de las Institutas. Estas normas la señalan como el acto jurídico en virtud del cual, un extraño ingresa a una familia como filius. La adopción puede presentar dos formas, Adoptio y Adrogatio, según el adoptado sea un alieni iuris o un sui iuris.

La adoptio o datio in adoptionis es un acto jurídico creado por la vía interpretativa, apoyado en un texto de las XII Tablas, que proclama la libertad del filius vendido por 3 veces. El pater, de acuerdo con un tercero, y ante el pretor, vende al filius por 3 veces consecutivas, con el pacto de manumitirlo; como consecuencia de las dos primeras manumisiones, el pater recobra la potestad sobre el filius, y a la tercera venta, para evitar la emancipación del filius, se hace una remancipatio, tras lo cual el adoptante produce una reivindicación ficta del filius como su propio hijo, momento en que se consuma la adopción. Como efectos de la adopción aparecen el que extingue la patria potestad anterior y crea una nueva, lo que se traduce en nuevo nombre, familia, etc.

En la época de Justiniano, se distingue dos tipos de adopciones: La Adoptio Plena y la Adoptio Minus Plena. La Plena es la solicitada por un ascendiente del adoptado, y produce los mismos efectos que la adoptio clásica; La Minus plena deja al adoptado bajo potestad de su padre de origen, y sólo otorga derechos sobre la sucesión del adoptante. Se verifica mediante un procedimiento simple, concurre el adoptante, el adoptado y el pater de este ante la autoridad judicial competente, manifestando el antiguo y el nuevo pater el animo de adoptar; el hijo no requiere manifestar opinión, basta con que no contradiga. Se exige que el adoptante tenga 18 años más que el adoptado, y que no este imposibilitado físicamente para procrear.

Por su parte, la adrogatio es la absorción de una familia por otra, por lo que es un tipo de sucesión universal entre vivos. El adrogado sufre una capitis diminutio, por tanto, él y toda su familia, quedan bajo el poder del adrogante, quién adquiere en forma completa su patrimonio. Debido a su trascendencia, debía verificarse ante los Comicios Curiados, presididos por el Pontífice (8). La razón de la adrogatio era que ningún pater familias podía morir sin tener hijos, pues tenía un rol sacerdotal dentro de la familia, y por ello, debía existir un sucesor en el culto a los dioses menores o nomes (9).

La adopción también se encontraba considerada en el Derecho Germánico, pero sin atender a una finalidad religiosa, sino que más bien, a un fin bélico: el conseguir un heredero que continúe la casta guerrera de la familia. Para ser adoptado, debía demostrarse cualidades militares que lo hagan digno de ser adoptado. El procedimiento era bastante simple, consistía en que el adoptado se presentaba desnudo ante el adoptante, el cual lo abrazaba y vestía con el traje de guerrero, entregándole en ese momento sus armas. En cuanto a sus efectos, el adoptado pasaba a tomar el nombre, armas y poder público del adoptante, pero no otorgaba parentesco ni derechos hereditarios (10).

Durante la Edad Media se produce un declive permanente de la institución, en gran parte fomentado por la opinión contraria a ella de la Iglesia, además, por ser un instituto aristocrático, destinado casi exclusivamente a transmitir el título o patrimonio de las familias nobles, y además, por que según algunos autores, servía para burlar la prohibición de reconocer hijos adulterinos e incestuosos. Ya en el Siglo XIII, renace el

interés por el estudio de la adopción, específicamente con las VII Partidas y el Fuero Real.

Las Partidas definen la adopción como “ una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los omes ser hijos de otros, maguer no lo sean naturalmente “. Este Código denominaba a la adopción en forma genérica como “ prohijamiento “, y diferencia la arrogación de la adopción propiamente tal. En la primera, el adoptado debe ser una persona emancipada; mientras que la segunda opera cuando el hijo adoptivo todavía se encuentra bajo la potestad de su padre. Esta última puede subdividirse entre plena y menos plena, según el adoptante sea o no ascendiente del adoptado (11). En cuanto a sus características, en la arrogación el adoptado pierde todos sus derechos en la familia de origen y los adquiere totalmente en la familia del adoptante. En la adopción propiamente tal, el adoptado no sale de su familia de origen que ejercía su patria potestad. En ambas era necesario el consentimiento expreso del adoptante, más el del adoptado en la arrogación, y del padre de este en la adopción propiamente tal. En cuanto a su constitución, ambas requerían la intervención de la autoridad. Por ultimo, ambas generaban impedimentos matrimoniales (12).

Ya en la época contemporánea, uno de los primeros cuerpos normativos modernos que se refieren a la adopción, es el Código de Federico II de Prusia, de 1794. En el, la adopción se formalizaba a través de un contrato escrito, confirmado por el Tribunal. El adoptante debía ser mayor de 50 años y no tener descendencia legítima; en cuanto al adoptado, debía ser menor que el adoptante y expresaba su consentimiento si era mayor de 14 años. En cuanto a los efectos, el adoptado tenía derecho a usar el apellido del adoptante, no extinguía los lazos del adoptado con su familia de origen, y entre adoptado y adoptante conformaba los mismos derechos y deberes que entre un padre y un hijo legítimos, pero el adoptante no tenía ningún derecho sobre los bienes del adoptado (13).

El Código Civil de Napoleón contempló un tipo principal de adopción, y dos tributarios de ella: La adopción ordinaria, sobre la cual se determinan las reglas generales de la institución; la adopción remuneratoria, que pretende premiar el valor del que pone en peligro su vida para salvar la de otro; y la adopción testamentaria, aplicable en el caso del tutor, quién ante el temor de morir antes que su pupilo alcance la mayoría de edad, dispone su adopción por testamento (14). Esta adopción es el prototipode la adopción clásica, o sin efectos legitimantes sobre el adoptado, pues no establecía parentesco entre este y la familia del adoptante, pero si le daba la calidad y derechos de un hijo natural, y no rompía las vinculaciones del adoptado con su familia de origen ni operaba sobre menores de edad, por lo que era más bien una forma de proteger la continuidad del patrimonio del adoptante. Además, ella operaba como un contrato, celebrado ante el Juez de paz del domicilio del adoptante, que luego se presentaba al Juez de primera instancia del domicilio del adoptado, para comprobar la manifestación de voluntad otorgada; luego debía ser confirmada por la Corte de Apelaciones respectiva, tras lo cual se inscribía en el Registro de Nacimiento del domicilio del adoptante. En cuanto a los requisitos para ser adoptante debía ser plenamente capaz, tener a lo menos 50 años, y 15 años mayor que el adoptado, carecer de descendencia legítima, buena reputación y haber dispensado cuidados ininterrumpidos al adoptado en su infancia, al menos por 6 años. El adoptado a su vez debe ser capaz y mayor de edad y el no haber sido adoptado antes por otras

personas. (15)

Tras la Primera Guerra Mundial, la adopción se estima como un medio para dotar de hogar a la gran masa de niños huérfanos a causa de la guerra, motivando una serie de leyes de protección. La Primera norma moderna acerca de la adopción fue el D.L. francés del 29 de julio de 1939, conocido como “ Código de la Familia “, que buscó resucitar el espíritu de las antiguas normas romanas, creando la figura de la legitimación adoptiva, por la cual, el menor rompe los vínculos de sangre con su familia de origen y entra a formar parte de la familia del adoptante. Posteriormente esta ley fue modificada y mejorada por otras normas (16).

Esta institución de larga data y de cambios constantes en sus fines es el objeto del presente trabajo; pero no solo atendiendo a su faz interna; vale decir, la regulada por los derechos internos de los países para sus propios connacionales, sino que primordialmente, en su aspecto internacional, o sea, como adopción internacional, que es aquella donde las partes de la adopción no se encuentran sujetas a una misma ley nacional, al tener ellas diversa nacionalidad o domicilio. Por tanto es necesario como un primer apronte, el señalar que la adopción internacional o adopción entre países, se configura cuando los adoptantes y los niños no tienen la misma nacionalidad y en la cual, el domicilio habitual de los adoptantes y del niño se encuentran en países diferentes (17).

Ahora bien, no por el hecho de que exista una adopción debe siempre plantearse la hipótesis de que exista un conflicto de leyes en el Derecho Internacional Privado, este solo existirá cada vez que aparezca dentro de la relación la participación de un elemento extranjero que dificulte el señalar la ley la ley aplicable a la relación jurídica de que se trata; por ello, la adopción será nacional si solo afecta a un Derecho y carece de elementos foráneos; en cambio, será internacional si intervienen personas de distintas nacionalidades o domicilio en países diferentes, por lo que están sometidas a estatutos jurídicos diversos. Estos problemas normalmente se generan al momento de crear la adopción o al solicitar el reconocimiento de la sentencia que concedió una adopción en el extranjero, pero pueden aparecer problemas conexos, como por ejemplo, identificar las distintas formas que reviste la adopción en el ordenamiento jurídico interno de los estados; la no coincidencia en las formas de adopción en las distintas legislaciones, o sea, problemas de calificación de la institución, si la institución es desconocida por la *lex fori*, etc.

Ante tan grave problema, acrecentado por el constante aumento del numero de este tipo de adopciones y de los problemas ligados a ellas, han obligado a los gobiernos del mundo a elaborar convenciones internacionales que la regulen, de manera de ofrecer instituciones jurídicas y de asistencia competentes para resolver las graves y complejas situaciones que se producen en este tipo de adopción. Pero estas iniciativas rara vez producen algún efecto concreto, por lo difícil que es el coordinar no sólo legislaciones diferentes, sino que también idiosincrasias dispares. Ante ello, no queda otro camino mas que el aplicar las reglas de solución de conflictos que los propios países hayan creado, pero no es un camino correcto ni es esa una solución por las razones lógicas de que dicho criterio vaya a ser compartido por los otros Estados, pues debemos recordar que hay un problema de soberanía incluida, de ahí la importancia de establecer otros medios que señalen la ley que resolverá el conflicto a falta de una norma material y uniforme que

lo indique, y ese es el objetivo del presente trabajo.

Por tanto, lo que buscaremos alcanzar a continuación, es el señalar los diversos tipos de adopción que existen en nuestro sistema, como primer punto, para así determinar sus características esenciales, las que más tarde veremos si concuerdan con las del Derecho comparado lo que será importante para determinar problemas en la legislación aplicable; analizaremos las diversas tendencias que se observan en la Doctrina y la evolución y contenidos de los escasos instrumentos multilaterales existentes; para posteriormente entrar derechamente en el tema, analizando las diversas soluciones doctrinarias aplicables a los problemas que identificaremos, y creando a la vez posibles soluciones doctrinarias que puedan resolver el problema en los casos, por ejemplo, de constitución de la adopción, ley aplicable a sus efectos, a su nulidad, requisitos, etc, pero siempre aplicando como criterio rector de nuestras conclusiones, el principio del Interés Superior del Menor, consagrado en la mayoría de los nuevos instrumentos internacionales sobre la materia, y propugnado por los autores, como el móvil que debe impulsar cualquier solución al presente problema.

Por todo ello, espero que el presente trabajo presente alguna luz sobre este problema, escasamente tratado en nuestra legislación y doctrina, y de esta forma, sea un pequeño grano de arena que pueda llenar el gran vacío que desgraciadamente existe, por la escasa visión de los problemas que afectan a nuestra niñez; mas aún si Chile es uno de los países más importante del mundo en “ exportar “ menores en adopción al extranjero y poco es lo que se ha hecho para remediarlo.