



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE ENSEÑANZA CLÍNICA DEL DERECHO

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA DECLARACIÓN DE SUSCEPTIBILIDAD DE ADOPCIÓN DE UN MENOR

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

MARÍA ISABEL ASTABURUAGA AGUIRRE

Profesor Guía: Cristián Lepin Molina

Santiago, Chile

2018

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	6
INTRODUCCIÓN.....	8
I. CAPÍTULO PRIMERO: ASPECTOS GENERALES DE LA ADOPCIÓN.....	10
1. Concepto y Fundamento de la Adopción	10
2. Evolución Legislativa de la Adopción en Chile	11
3. Marco Normativo actual de la adopción en Chile	14
4. Aspectos relevantes de la Ley N°19.620.....	15
A) Personas que pueden ser adoptadas.....	15
B) Causales de susceptibilidad contenidas en el artículo 12 Ley 19.620	17
C) Efectos de la adopción.....	20
5. Principios Inspiradores de la Ley de adopción.....	21
A) Principio del Interés Superior de Niño	21
B) Principio de Subsidiariedad y de la prioridad de la familia biológica.....	25
C) Principio de derecho a la identidad o verdad biológica.....	27
D) Principio de preferencia de la familia matrimonial	28
E) Principio de Inseparabilidad de los hermanos	28
F) Principio de Preferencia por la adopción nacional	28
G) Principio del derecho del niño a dar su opinión	29
6. Situación Actual de la adopción en Chile	30
II. CAPÍTULO SEGUNDO: PROCEDIMIENTOS DE ADOPCIÓN	32
1. Procedimientos previos a la adopción, regulados en el título II de la ley 19.620	32
A) El menor cuyos padres no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él, y que expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el juez competente (artículo 8 letra a).....	32

B)	El menor que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes, de conformidad al artículo 11 (artículo 8 letra b).....	34
C)	El menor que ha sido declarado susceptible de ser adoptado por resolución judicial del tribunal competente, de acuerdo a los artículos 12 y siguientes (artículo 8 letra c).....	35
2.	Procedimientos de adopción propiamente tal, regulados en el título III de la ley 19.620.....	38
A)	Procedimiento para constituir la adopción por personas residente en Chile, contemplado en los Párrafos 1 y 2 del Título II de la ley de adopción.....	39
B)	Procedimiento para constituir la adopción por personas no residentes en Chile, contemplado en el Párrafo 3 del Título III de la ley de adopción	42
III. CAPÍTULO TERCERO: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE		
SUBSIDIARIEDAD O PRIORIDAD BIOLÓGICA.....		
46		
1.	FALLOS QUE RECHAZAN LA SOLICITUD DE SUSCEPTIBILIDAD DE ADOPCIÓN ..	47
A)	No ser procedentes las causales de inhabilidad física o moral ni la falta de atención personal o económica del menor.	47
B)	Ánimo manifiesto de desligarse de sus obligaciones legales	51
C)	No haberse acreditado la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor en su familia de origen.....	53
D)	Existencia de una familia extensa del menor en condiciones de asumir su cuidado.....	58
2.	FALLOS QUE ACOGEN LA SOLICITUD DE SUSCEPTIBILIDAD DE ADOPCIÓN.....	59
A)	Principio del Interés Superior del Niño.....	59
B)	Haberse acreditado la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor en su familia de origen.....	64
C)	Colisión de Principios	66
D)	Carácter excepcional de la adopción.....	69
3.	DETERMINACIÓN DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES	72
A)	Decisiones contradictorias por parte de los Tribunales de Justicia	72
CONCLUSIÓN.....		
74		
BIBLIOGRAFÍA CITADA		
76		
1.	Libros	76

2. Informes Online.....	76
3. Artículos de Revista	77
4. Artículos de Periódicos Online	78
5. Tesis de Pregrado	78
6. Normas	78
ANEXOS	80
1. Fichas en que se rechaza la declaración de susceptibilidad de adopción	80
2. Fichas en que se acoge la declaración de susceptibilidad de adopción	108

RESUMEN

La presente memoria para optar al grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales, pretende analizar jurisprudencialmente, uno de los temas nacionales de mayor controversia en el último tiempo: el mecanismo de la adopción en Chile, y en particular, los criterios que emplean los Tribunales de Justicia de nuestro país, para determinar los casos en que un menor se encuentra en condiciones de ser adoptado.

Esta delicada materia, ha tomado considerable importancia en la actualidad, ya que se ha dado a conocer a través de los medios de comunicación, las precarias condiciones en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes en las instituciones de acogida dependientes del SENAME, revelándose, además, que se encuentran expuestos a graves y constantes situaciones de vulneración de sus derechos.

Es por esto, que el propósito de esta investigación, es analizar los criterios que los Tribunales de Justicia de nuestro país han empleado en los últimos años, para determinar aquellos casos en que es procedente la declaración de susceptibilidad de un menor, y aquellos en que no es procedente, de manera de conocer los criterios generales que permiten que un menor sea separado de su familia de origen, y que tenga la posibilidad de ser acogido por una familia adoptiva.

Este análisis se realizará, tomando en especial consideración, la aplicación del principio de subsidiariedad, el cual constituye uno de los principales pilares en materias de adopción, estableciendo una clara preferencia por la familia de origen, considerando de carácter excepcional la separación de un menor de su familia biológica.

INTRODUCCIÓN

Según Sename, desde 2012 a la fecha, han disminuido en un 21,8% las adopciones. Este fenómeno se explica por la baja en el número de niños que los tribunales de familia determinan que pueden ser adoptados, cifra que cayó en un 45% en el mismo período. La política privilegia hoy que los menores regresen con su familia.¹

De esta manera, una de las razones que explica la disminución de niños adoptados en los últimos años, se debe a la disminución de declaraciones de susceptibilidad de adopción por parte de los tribunales de familia del país.

Sin embargo, pese a que hayan disminuido las cifras de adopción en el último tiempo, esta situación no se ve reflejada en la disminución de menores insertos en centros de protección, sino que por el contrario, como señala el SENAME, la mayoría de los niños que hoy en día se encuentran en centros de acogida, no están en condiciones de someterse a un procedimiento de adopción, es decir, no han sido declaración susceptibles de adoptabilidad.

Este gran número de menores acogidos en los centros de protección del SENAME, sin la posibilidad de ser judicialmente declarados susceptibles de adopción, se debe en gran parte a la preferencia de la familia biológica en esta materia, principio que obliga a los tribunales de familia a considerar la adopción como última ratio, y agotar todos los medios posibles para que el menor permanezca en su familia de origen.

Es de esta manera, que se presenta constantemente la situación de menores insertos por largos períodos en instituciones del SENAME, quienes ingresaron ya sea por medidas de protección, o por abandono de sus padres. Estos niños deben permanecer en estos centros, ante la posibilidad de que mediante intervenciones sociales y psicológicas de especialistas, sus padres desarrollen las habilidades parentales que carecen; o ante la posibilidad de que mediante la investigación de su familia extensa, se permita encontrar a un familiar en condiciones y con la intención de asumir el cuidado del menor.

Es así, como se presenta una delicada disyuntiva para los jueces de familia, ya que existe la posibilidad de que el menor pueda volver a su familia de origen, privilegiando sus raíces e identidad biológica; pero, por otra parte, se presenta la posibilidad de otorgarle al menor la oportunidad de desarrollarse y alcanzar el máximo de sus capacidades en una familia adoptiva, en aquellos casos en que las familias biológicas no se encuentran capacitadas. Este último escenario debe tenerse en especial consideración, en aquellos casos en que los procesos judiciales se dilatan indefinidamente, manteniendo por períodos excesivos a

¹ Sepúlveda Garrido, P. (19 de septiembre de 2017). Adopciones registran baja en los últimos cuatro años. *La Tercera*. Recuperado de: <http://www2.latercera.com/noticia/adopciones-registran-baja-los-ultimos-cuatro-anos/>

los menores en las instituciones, lo que tiene como consecuencia directa la exposición de ellos a graves situaciones de vulneración, y la disminución de sus posibilidades de ser eventualmente adoptados, ya que a medida que los niños crecen, se reducen sus opciones de adopción.

En cuanto a la edad de los menores que pueden sometidos a procedimientos de susceptibilidad de adopción, hay que poner especial énfasis, ya que como señala la jueza de familia de Concepción, Loreto Pozo Salgado, “en Chile un niño potencialmente adoptable no pasa de los 7 años, entonces no es conveniente hacerlos pasar por este procedimiento (de susceptibilidad de adopción), porque es como dejarlos disponibles sin que nadie se interese por ellos, y esto es pernicioso para el niño, porque lo etiquetaste como susceptible de ser adoptado y lo desarraigaste de su entorno familiar”.² Por lo que se presenta otra variable al momento de decidir lo más beneficioso para el niño, ya que se puede presentar la situación de exponerlo a todo el procedimiento judicial, sin que exista ningún interesado en adoptarlo.

Es por esto, que teniendo en consideración la actual situación del país, es que procederemos a desarrollar la institución de la adopción en Chile, exponiendo sus principales aspectos y su procedimiento; para posteriormente, analizar los fallos de los tribunales de familia en los últimos años, en donde han optado ya sea por acoger las solicitudes de que se declare susceptible de adopción a un menor, o por rechazar dichas solicitudes.

² Valenzuela, X. Abello, C. (18 de junio de 2017). Critican ley vigente: adopción temprana es clave para reducir daño en niños. *Diario Concepción*. Recuperado de: <https://www.diarioconcepcion.cl/ciudad/2017/06/18/critican-ley-vigente-adopcion-temprana-es-clave-para-reducir-dano-en-ninos.html>

I. CAPÍTULO PRIMERO: ASPECTOS GENERALES DE LA ADOPCIÓN

1. Concepto y Fundamento de la Adopción

En primer lugar, cabe señalar, que la adopción no cuenta con una definición legal en nuestro ordenamiento jurídico, limitándose el artículo 1° de la ley 19.620, a establecer el objeto que tiene dicha normativa.

Esto se debe, a que durante la tramitación de la ley 19.620, los parlamentarios establecieron que no era necesario darle una definición jurídica a la adopción, ya que era suficiente el sentido natural y obvio que tenía la palabra en la lengua castellana, de acuerdo a la definición otorgada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, como la acción de “tomar legalmente en condición de hijo al que no lo es biológicamente.”³

Por otra parte, doctrinariamente, podemos señalar que existen varios conceptos de adopción, otorgados por diversos autores, que buscan entregar la definición más acertada.

En doctrina internacional, la autora francesa, Jacqueline Rubellin-Devichi, define la adopción como aquella que “al contrario de la filiación por procreación, es una filiación exclusivamente jurídica, que descansa no sobre una verdad biológica, sino sobre una realidad afectiva.”⁴

En España, Manuel Albaladejo, señala que la adopción “es un acto solemne que da al adoptante (o adoptantes) como hijo al adoptado, creándose así un vínculo de parentesco puramente jurídico, pero por disposición legal con igual fuerza y efectos que si fuera de sangre.”⁵

En cuanto a la doctrina nacional, Hernán Corral, ofrece una definición de adopción, en virtud del marco normativo vigente en Chile, señalando que es un “acto jurídico de carácter judicial que tiene por objeto proporcionarle a un menor de edad unos padres y una familia, no biológicos, que puedan brindarle el afecto y los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ellos no le sean proporcionados por su familia de origen.”⁶

Maricruz Gómez de la Torre, señala que de la lectura del artículo 1° de la ley 19.620 y del Reglamento de dicho cuerpo legal, se puede extraer el siguiente concepto: “es la relación jurídica que se establece entre adoptante y adoptado, constituida por sentencia judicial, cuya finalidad es proporcionar al segundo

³ Adoptar. *Real Academia Española*. Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=0oKpOJX>

⁴ RUBELLI-DEVICHI, J. (1996). *Droit de la famille*. Paris, Francia: Editorial Dalloz, p.439.

⁵ ALBADEJO GARCÍA, M. (1997). *Curso de derecho civil, Derecho de Familia*, 8° ed. Barcelona, España: Editorial Bosch, p.275.

⁶ CORRAL TALCIANI, H. (2002). *Adopción y filiación Adoptiva*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p.74

una familia que le brinde afecto, le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales, materiales y el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, cuando ello no puede ser proporcionado por su familia de origen.”⁷

René Abeliuk, otorga una definición negativa de la adopción, señalando que “es aquella que no deriva de la naturaleza, esto es, no es biológica, sino que está determinada por la ley, donde interviene la voluntad de las partes y la autoridad judicial, que finalmente la constituye.”⁸

Cabe agregar, además, la propia definición de adopción que otorga el SENAME: “La adopción es la medida de protección que se aplica cuando se han agotado todas las posibilidades para que un niño pueda reintegrarse o permanecer bajo el cuidado personal de sus padres o familia biológica, restituyendo al niño su derecho a tener una familia definitiva que le permita crecer y desarrollarse adecuadamente, en un ambiente de protección y afecto.”⁹

Por lo tanto, en virtud de las definiciones citadas y del artículo 1° de la ley 19.620, es que se puede extraer uno de los fundamentos más relevantes de esta institución, que consiste en la protección del adoptado, de manera que la adopción debe ser otorgada priorizando el beneficio que le va a significar al adoptado y no a los posibles adoptantes. Como lo señala el profesor Corral “no se trata de dar un niño a una familia sino, al revés, de dar una familia a un niño que carece de ella.”¹⁰

Por último, cabe señalar que en virtud del fundamento mismo de la adopción, que corresponde a la protección y cuidado del menor vulnerable, es que el Estado reconoce un interés público comprometido, siendo por lo tanto, normas de orden público las que regulan las normas de la adopción.

2. Evolución Legislativa de la Adopción en Chile

El Código Civil de Andrés Bello omitió regular esta importante materia, lo que se explica en el hecho de que la adopción en esa época no era mirada con buenos ojos, ya que se utilizaba para fines ilícitos. Este vacío legal, llevó a quienes deseaban adoptar a “recurrir a medios fraudulentos como el de reconocer como hijo natural al que deseaba adoptar, o lisa y llanamente a inscribirlo como hijo.”¹¹

⁷ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, p. 223

⁸ ABELIUK MANASEVICH, R. (2000). *La filiación y sus efectos: (la filiación, su determinación, acciones judiciales, la filiación adoptiva, efectos de la filiación, sucesión intestada y asignaciones forzosas, otras reformas de las leyes no. 19.585 y no. 19.620*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, p. 225

⁹ SENAME (2018) “Qué es la Adopción.” Recuperado de: <http://www.sename.cl/web/que-es-la-adopcion/>

¹⁰ CORRAL TALCIANI, H. (2002). *Adopción y filiación Adoptiva*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 58

¹¹ TRONCOSO LARRONDE, H. (2007). *Derecho de Familia*. Talcahuano, Chile: Colección de manuales de Derecho Privado, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, p. 275.

Esta situación, fue recién reparada en el año 1934, con la dictación de la ley N° 5.343, legislación que marca el inicio de la evolución legislativa en nuestro país.

La ley N°5.343, la cual entró en vigencia el 6 de enero de 1934, concebía a la adopción como un contrato que se celebraba entre adoptante y adoptado. El artículo primero señalaba “La adopción es un acto jurídico destinado a crear, entre adoptante y adoptado, los derechos y obligaciones que establece la presente ley. Sólo procederá cuando ofrezca ventajas para el adoptado. La adopción no constituye estado civil.”¹²

De esta manera, no constituía estado civil, por lo cual, no extinguía el vínculo con la familia de origen, y dado su carácter contractual, producía efectos relativos entre las partes, siendo revocable e impugnabile. Su principal finalidad, era resguardar el interés del adoptante, más no del adoptado, y se prestó para abusos, como señalan comentaristas de la época “porque personas que estaban impedidas de contraer matrimonio recurrieron al subterfugio de la adopción para en definitiva tener una forma de convivencia.”¹³

Posteriormente, con fecha 21 de octubre de 1943, la ley N°7.613, procedió a derogar la primera legislación, en virtud del continuo uso fraudulento que se le daba a la adopción. Sin embargo, esta disposición legal no introdujo grandes cambios en la materia, ya que en el artículo primero de este cuerpo normativo se define a la adopción como “un acto jurídico destinado a crear entre adoptante y adoptado los derechos y obligaciones que establece la presente ley. Sólo procederá cuando ofrezca ventajas para el adoptado. La adopción no constituye estado civil.”¹⁴ De manera, que se siguió tratando a la adopción como un contrato de efectos relativos, el cual no constituía estado civil.

Por otra parte, esta nueva legislación, estableció que la adopción requería el consentimiento de ambas partes y autorización judicial “la adopción deberá ser otorgada por escritura pública en la cual conste el consentimiento del adoptante y la aceptación del adoptado. La adopción será siempre autorizada por la justicia ordinaria con conocimiento de causa, y previa audiencia de los parientes a que se refiere el inciso primero del artículo 12, si los hay.”¹⁵

¹² Ley 5.343, Artículo 1

¹³ RODRÍGUEZ QUIROZ, A. (2000). Nuevo régimen de adopción. *Revista Actualidad Jurídica N°1*, p. 285. Recuperado de https://issuu.com/facultad-derecho/docs/401_pdfsam_actualidad_juridica_22

¹⁴ Ley 7.613, Artículo 1

¹⁵ Ley 7.613, Artículo 5

A mayor abundamiento, el autor Ramón Meza Barros, señala que la adopción “es un contrato porque requiere el concurso de voluntades entre adoptante y adoptado. Está sujeto a la observancia de determinadas formas que se dirán y, muy particularmente, a la aprobación de la justicia”.¹⁶

El gran avance legislativo en materia de adopción, se produjo con fecha 20 de octubre de 1965, con la entrada en vigencia de la ley N°16.346, la cual sin derogar la ley N° 7.613, introdujo el modelo de legitimación adoptiva. En su artículo primero establecía que “la legitimación adoptiva tiene por objeto conceder el estado civil de hijo legítimo de los legitimantes adoptivos con sus mismos derechos y obligaciones en los casos y con los requisitos que se establecen en esta ley.”¹⁷

De esta manera, la adopción se transformó radicalmente, pasando a constituir estado civil, teniendo como consecuencia, que “los vínculos de la filiación anterior para el adoptado caducaban en todos sus efectos, con excepción de los impedimentos de contraer matrimonio.”¹⁸

Sin embargo, en el año 1988, se dictó la ley N°18.703, la cual derogó la ley N°16.346, debido a que “se estimaba engorrosa y daba lugar a diversos problemas”¹⁹, pero se mantuvo vigente la ley N° 7.163. Este nuevo cuerpo normativo “reemplazó la legitimación adoptiva que había establecido la ley N° 16.346, por dos tipos de adopción: la simple y la plena.”²⁰

En su artículo primero, la ley 18.703, establecía: “La adopción simple crea entre adoptante y adoptado sólo los derechos y obligaciones que se establecen en el Título II. La adopción plena tiene por objeto conceder al adoptado el estado civil de hijo legítimo de los adoptantes en los casos y con los requisitos que se establecen en el Título III”.²¹

De esta manera, la adopción simple constituye “una institución proteccional establecida en beneficio de los menores que se encuentran en estado de abandono y cuya fuente se remota al derecho romano, se sitúa en un plano intermedio entre medidas asistenciales y la adopción propiamente tal.”²² No tiene las

¹⁶ MEZA BARROS, R. (1995). *Manual de derecho de familia*. Tomo II. Santiago, Chile: Editorial jurídica, p.135.

¹⁷ Ley 16.346, Artículo 1

¹⁸ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago: Editorial jurídica de Chile, p. 216.

¹⁹ RAMOS PAZOS, R. (2007b). *Derecho de Familia*. Tomo II. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, p. 497

²⁰ RAMOS PAZOS, R. (2007b). *Derecho de Familia*. Tomo II. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, p. 498

²¹ Ley 18.703, Artículo 1.

²² MEZA BARROS, R. (1995). *Manual de derecho de familia*. Tomo II. Santiago, Chile: Editorial jurídica, p.158.

características propias de la adopción, sino que más bien es “una especie de tuición que se extingue una vez que el adoptado cumple la mayoría de edad.”²³

A diferencia de la adopción simple, la adopción plena otorgaba al adoptado el estado civil de hijo legítimo, lo que implicaba la extinción de los vínculos del adoptado con su familia de origen, y le otorgaba el carácter de irrevocable.

Finalmente, la última etapa de la evolución legislativa de la adopción en Chile, “la constituye la Ley N° 19.620, que, como se ha dicho, entró en vigor conjuntamente con la Ley N° 19.585. La nueva Ley derogó la legislación anterior, esto es, las Leyes N° 7.613 y 18.703.”²⁴ Este nuevo cuerpo normativo, fue promulgado el 25 de junio de 1999 y publicado en el Diario Oficial con fecha 5 de agosto de 1999.

Esta ley constituye el pilar del marco normativo actual en materia de adopción en Chile, y como señala Hernán del Corral “inspirada en el trato igualitario para todos los hijos biológicos, estableció un modelo de adopción único de carácter filiativo.”²⁵

3. Marco Normativo actual de la adopción en Chile

El estatuto jurídico actual que regula la materia de filiación adoptiva en Chile, se compone de las siguientes normas:

- Ley N° 19.620 de Adopción de Menores.
- Decreto N° 944 de 2000 del Ministerio de Justicia, que fija el Reglamento de la Ley N° 19.620.
- Ley N° 19.585, que modifica el Código Civil en materia de filiación.
- Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia.
- Convención sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, aprobada por Decreto N° 1.215 de 1999 del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción, aprobada por el Decreto N° 24 de 2002 del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Decreto N° 830 de 1990 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

²³ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, p.217.

²⁴ RAMOS PAZOS, R. (2007b). *Derecho de Familia*. Tomo II. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, p. 491.

²⁵ CORRAL TALCIANI, H. (2002). *Adopción y filiación Adoptiva*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p.180

De esta manera, la adopción se encuentra regulada mediante leyes, decretos y convenciones internacionales, que se refieren de manera exhaustiva a este tema en particular. Pero además, existen otros cuerpos normativos, como el Código del Trabajo, que de manera indirecta regulan esta materia, “se refieren también a la adopción normas contenidas en otros cuerpos normativos, como el Código del Trabajo, que otorga a la madre adoptiva o en proceso de adopción (siempre que se le haya otorgado el cuidado personal del menor de edad): permiso postnatal cuando el menor tenga menos de 6 meses (artículo 200 Código del Trabajo); permiso postnatal parental cualquiera sea la edad del niño o niña (artículo 200, Código del Trabajo) y; derecho a fuero laboral (artículo 201, inciso 2, Código del Trabajo).”²⁶

4. Aspectos relevantes de la Ley N°19.620

A) Personas que pueden ser adoptadas

Actualmente, para que una persona sea adoptada, debe cumplir con dos requisitos copulativamente: ser menor de dieciocho años, y encontrarse en alguna de las situaciones que contempla la ley N° 19.620, en su artículo 8:

a) El menor cuyos padres no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él y que expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el juez competente.

b) El menor que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes, de conformidad al artículo 11.

c) El menor que haya sido declarado susceptible de ser adoptado por resolución judicial del tribunal competente, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 12 y siguientes.

De esta manera, se presentan tres posibles escenarios en los cuales puede encontrarse un menor para estar en condiciones de ser adoptado.

La primera causal la establece la letra **a** del artículo antes citado, consistente en la entrega voluntaria del menor por parte de sus padres. Para que sea procedente esta situación, es necesario que concurren dos requisitos a su vez: la incapacidad o falta de condiciones de los padres para hacerse cargo responsablemente de su hijo, y que ambos padres consientan en entregar al menor en adopción.

²⁶ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2012). Adopción en Chile: Principios y Regulación, p. 2. Recuperado de: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZFmKfA9MkhMJ:https://www.bcn.cl/obtienearchivo%3Fid%3Drepositorio/10221/14502/1/94765_AL_23-05-2012_PT_Adopcion_94765.doc+&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=cl

Respecto del primer requisito, referente a la incapacidad, esta debe ser entendida como “la falta de aptitud para asumir su cuidado”²⁷, de manera que la mala situación económica de los padres, no constituye un impedimento para hacerse cargo responsablemente del menor. “En consecuencia, cuando la ley se refiere a la falta de condiciones para hacerse cargo responsablemente del menor, pareciera referirse a situaciones de extrema pobreza.”²⁸

En cuanto al segundo requisito, es necesario el consentimiento de ambos padres, de lo contrario, el juez debe ordenar que se cite al otro padre o madre a una audiencia preparatoria para efectos de que manifieste su voluntad de entregar al menor en adopción. Además, la ley establece un derecho a los padres que han manifestado su voluntad, como se señala en el artículo 9 “tendrán un plazo de treinta días para retractarse, contados desde la fecha en que hayan declarado esa voluntad ante el tribunal.”²⁹

Respecto de este supuesto de entrega voluntaria por parte de los padres, la ley de adopción permite a la madre, que antes del nacimiento del menor, manifieste su voluntad de entregarlo en adopción, para lo cual tendrá el mismo plazo de treinta días para retractarse o ratificar, una vez nacido el menor, según lo dispone el artículo 9 de la Ley.

Esta modalidad de manifestación de voluntad por parte de la madre, se introdujo en la ley 19.620, con la finalidad de evitar posibles abortos, “de este modo se busca incentivar a las madres que quieran abortar que recapaciten en su decisión ante la imposibilidad de poder dar al menor en adopción, evitando de este modo la interrupción del embarazo.”³⁰

Sin embargo, existen autores, como Gómez de la Torre, que sostienen que la norma no ha cumplido con su objetivo, en cuanto disminuir las cifras de aborto “la incorporación de la adopción prenatal en la ley fue justificada como una forma de evitar el aborto y el abandono de niños y niñas. Sin embargo, por las cifras actuales de aborto, en Chile pareciera que no ha cumplido su objetivo.”³¹

La segunda hipótesis de procedencia de la adopción, corresponde a la contenida en la letra **b** del artículo 8 de la ley de adopción, que se refiere al menor de edad que es descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes.

²⁷ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, p. 243

²⁸ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, p. 243

²⁹ Ley 19.620, Artículo 9

³⁰ LÓPEZ DÍAZ, C. (2001). *Reformas de las Leyes de Filiación y Adopción*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica La Ley Ltda., p. 80.

³¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, p. 246

En cuanto a esta causal, se distinguen tres casos posibles: que se trate de la adopción del hijo de uno de los cónyuges adoptantes que ha sido reconocido por uno solo de sus padres; adopción del menor que ha sido reconocido por ambos padres o tiene filiación matrimonial; y adopción del menor que es descendiente del menor que es descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes.

Respecto de la posibilidad de que los abuelos puedan adoptar, la doctrina ha criticado esta práctica, “por considerar que ello altera el rol que éstos cumplen al interior de las familias (el abuelo pasa a ser el padre, el padre biológico y los tíos hermanos del adoptado). Por ello, se propone que si el abuelo quiere educar, criar y vivir con su nieto, debe pedir su cuidado personal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 226 del Código Civil.”³²

La tercera y última hipótesis contenida en la letra **c** del artículo 8, corresponde a los menores que judicialmente han sido declarados susceptibles de ser adoptados, o la también denominada adopción por desamparo del niño.

Para que sea procedente la declaración judicial de susceptibilidad de adopción que establece, es necesario que la solicitud correspondiente se fundamente en algunas de las causales que la ley de adopción dispone en su artículo 12, los cuales se analizan a continuación.

B) Causales de susceptibilidad contenidas en el artículo 12 Ley 19.620

Para que un menor se encuentre en condiciones de ser adoptado, es necesario un procedimiento previo, el cual corresponde a su declaración de susceptibilidad de adopción, el cual es de carácter judicial, y se funda en alguna de las causales contenidas en el artículo 12 de la Ley de adopción.

El artículo señalado, establece que procederá la declaración judicial de que el menor es susceptible de ser adoptado, sea que su filiación esté o no determinada, cuando el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:

1. Se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal, de conformidad al artículo 226 del Código Civil.
2. No le proporcionen atención personal o económica durante el plazo de dos meses. Si el menor tuviera una edad inferior a un año, este plazo será de treinta días.

³² TRUFFELLO, P. (2013). Estatuto de filiación adoptiva en Chile: Constitución, aplicación de Principios y agenda legislativa. *Hemiciclo, revista de estudios parlamentarios*, p. 129. Recuperado de: http://www.academiaparlamentaria.cl/Hemiciclo/revistahemiciclo_N8.pdf

3. Lo entreguen a una institución pública o privada de protección de menores o a un tercero, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales.

La primera causal, contenida en el número 1, establece aquellos casos en que los padres se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal del menor, conforme al artículo 226 del Código Civil.

Al respecto, la abogada de la Corporación de Asistencia Judicial de la región Metropolitana, Ángela Escárte Monetta, ha señalado que “para que un niño/a o adolescente sea declarado susceptible de ser adoptado el tribunal debe adquirir convicción de que ambos padres o quien tenga su cuidado se encuentren inhabilitados o incapacitados para asumir responsablemente el cuidado de su hijo/a.”³³ A lo que cabe agregar, el concepto de incapacidad otorgado por el profesor Corral, como “la falta de aptitud personal para hacerse cargo del cuidado del menor.”³⁴

En cuanto al artículo 226 del Código Civil, este señala que el juez puede entregar el cuidado personal de un menor a terceras personas, cuando los padres se encuentren inhabilitados, lo cual se encuentra estrechamente vinculado con el artículo 42 de la Ley N° 16.618, el cual establece: “Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

- 1° Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;
- 2° Cuando padecieren de alcoholismo crónico;
- 3° Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;
- 4° Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;
- 5° Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;
- 6° Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;
- 7° Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.”³⁵

Para efectos de establecer si es procedente la causal señalada en el número 1, es necesaria la realización de una investigación psicosocial por medio de expertos, con el objeto de determinar si los padres o la familia extensa del menor, se encuentran en condiciones de asumir el cuidado responsable del menor,

³³ Corporación de Asistencia Judicial. (2011). Declaración de susceptibilidad de adopción, p. 3. Recuperado de: http://www.cajmetro.cl/v1/boletin/Boletin%20N_1_DE.pdf.

³⁴ CORRAL TALCIANI, H. (2002). *Adopción y filiación Adoptiva*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p.149

³⁵ Ley N° 16.618, Artículo 42.

tomando en consideración sus habilidades, definidas como “recursos emocionales cognitivos y comportamentales de los padres que les permiten ofrecer respuestas adecuadas y pertinentes a las necesidades de su prole a lo largo de la evolución.”³⁶

Cabe agregar además, que para que se proceda a la causal analizada, es necesario que las inhabilidades que aquejan a los padres o familia extensa sean de carácter grave y permanentes, como lo señala Javier Barrientos “en relación a la primera de las inhabilidades, tanto física como moral, podemos entender por ellas, aquellas que enumera el artículo 42 de la Ley N° 16.618, las que deben ser graves y permanentes, aun cuando el artículo 12, no lo señale expresamente: el interés superior del niño y el principio de prioridad de la familia biológica, permite exigir que el juez dé por acreditada esta causal cuando se trate de inhabilidad grave y permanente.”³⁷ De igual manera, el profesor Hernán Corral establece la necesidad de las características de gravedad y permanencia, al señalar que “la adoptabilidad no podrá proceder por una inhabilidad meramente transitoria o temporal.”³⁸

La segunda causal de susceptibilidad contenida en el artículo 12 de la ley número **2**, se refiere a aquellos casos en que los padres no le proporcionen atención personal o económica al menor por el plazo de dos meses, y si el menor tuviere una edad inferior a un año, el plazo será de 30 días.

Este supuesto, debe ser entendido como una falta de asistencia al menor por una causa imputable a los padres, de manera que se deba a su falta de preocupación y no a otras circunstancias. Es por esto, que “en los casos de falta de recursos económicos, la falta de atención personal y afectiva que se derive por razones de fuerza mayor, como, por ejemplo, el hecho de que los padres se encuentren privados de libertad, no constituyen causales de abandono ni de inhabilidad moral.”³⁹

De la misma manera, tampoco se configura la causal de abandono, el hecho de que los padres por motivos laborales, no visiten al menor en el recinto de protección en el cual se encuentre viviendo, en aquellos casos en que el tribunal ordena el ingreso del niño o niña a instituciones proteccionales.

La tercera y última causal, enunciada en el número **3** del artículo 12, establece aquellos casos en que los padres entreguen al niño a niña a una institución pública o privada de protección de menores, o a un tercero, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales. Además, en el mismo inciso, se establece una presunción, señalando que los abandonos en la vía pública, en lugar solitario, o en un

³⁶ LECANNELIERL, F. (2011). *Manual del seminario de administración y guías de conductas problemáticas en el apego*. Santiago, Chile, p.7.

³⁷ BARRIENTOS GRANDON, J. (2009). *Código de la Familia*. Santiago, Chile: Editorial LegalPublishing, p. 257

³⁸ CORRAL TALCIANI, H. (2002). *Adopción y filiación Adoptiva*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p.159

³⁹ Corporación de Asistencia Judicial. (2011). Declaración de susceptibilidad de adopción, p. 4. Recuperado de: http://www.cajmetro.cl/v1/boletin/Boletin%20N_1_DE.pdf.

recinto hospitalario, se entenderán comprendidos dentro de la causal de este número, ya que se presumirá el ánimo de entregar al menor en adopción, por la sola circunstancia del abandono.

Por lo tanto, para que se configure esta causal es necesario que concurran a lo menos uno de los siguientes requisitos: que los padres hayan entregado al menor a una institución pública, una persona natural o a un tribunal; que hayan entregado al menor sin que medie una orden judicial; que de la entrega del menor, se pueda desprender su ánimo manifiesto de desligarse de sus responsabilidades parentales.

En cuanto a los requisitos señalados, es necesario aclarar, que son de carácter subjetivo, de manera que deben ser apreciados por el juez de familia conforme a las reglas de la sana crítica, junto con el resto de la prueba, de manera que “no deberá presumirse que los padres hayan tenido e ánimo manifiesto de desligarse de sus responsabilidades parentales por el sólo hecho de que su hijo se encuentre interno en un hogar de protección.”⁴⁰

Sin embargo, existen casos, en los cuales la ley establece que sí se puede presumir el ánimo manifiesto de los padres de desligarse de sus obligaciones parentales, cuando concurra alguna de las siguientes situaciones: cuando no visiten al menor en el hogar proteccional, al menos una vez al mes (siempre que dicha falta no esté relacionada con situaciones laborales, como se señaló anteriormente); cuando internación del menor en un centro proteccional, no se deba a una causa justificada; cuando los padres no acepten someterse a los programas de rehabilitación, fortalecimiento familiar, u otras medidas que los tribunales le soliciten.

C) Efectos de la adopción

La adopción produce sus efectos, desde la correspondiente inscripción de nacimiento en el Registro Civil e Identificación, ordenada por la sentencia que la constituye, como lo establece el artículo 37 de la Ley de adopción.

Por su parte, René Abeliuk, señala que los efectos de la adopción “se pueden sintetizar en las siguientes tres reglas:

- a) La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley;
- b) Extingue los vínculos del adoptado con su filiación de origen para todos los efectos civiles.

⁴⁰ Corporación de Asistencia Judicial. (2011). Declaración de susceptibilidad de adopción, p. 5. Recuperado de: http://www.cajmetro.cl/v1/boletin/Boletin%20N_1_DE.pdf.

- c) Ello tiene una sola excepción, pues, como ya lo habíamos adelantado, siguen rigiendo los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en el art. 5° de la Ley de Matrimonio Civil.⁴¹

Por lo tanto, los efectos que produce la adopción hoy en día, conforme a la legislación vigente, corresponden a los de una adopción legitimante, en la cual se le otorga al adoptado el estado civil de hijo, sin distinción legal alguna, respecto de la filiación biológica. Además, se extinguen los vínculos del adoptado con su familia de origen, lo cual no impide que el menor pueda conocer estos orígenes, de acuerdo a las normas que ha establecido la Ley.

5. Principios Inspiradores de la Ley de adopción

A) Principio del Interés Superior de Niño

El principio del interés superior del niño, considerado uno de los principios rectores en materias de familia, cuenta con una consagración a nivel internacional y nacional, como lo señala Gonzalo Aguilar “este principio goza de reconocimiento internacional universal y ha adquirido el carácter de norma de Derecho Internacional general.”⁴²

En primer lugar, en materia de derecho internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual se encuentra ratificada por la mayoría de los países, incluido Chile, consagra en su artículo 3 N°1, el interés superior del niño, al establecer que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”⁴³

De esta manera, la CDN mediante esta disposición, busca que el concepto del interés superior del niño se observe en todas las medidas y decisiones relacionadas con personas menores de edad. Sin embargo, cabe señalar que la Convención no define ni enumera indicador que permita la concreción práctica de

⁴¹ ABELIUK MANASEVICH, R. (2000). *La filiación y sus efectos: (la filiación, su determinación, acciones judiciales, la filiación adoptiva, efectos de la filiación, sucesión intestada y asignaciones forzosas, otras reformas de las leyes no. 19.585 y no. 19.620*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, p. 268.

⁴² AGUILAR CAVALLO, G. (2008). “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.” *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 6, N°1, pp. 226. Recuperado de

http://www.edumargen.org/docs/curso42-1/unid01/apunte03_01.pdf.

⁴³ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 3.1

este principio, “dejando su interpretación al buen hacer y juicio de la persona, institución u organización encargada de su aplicación.”⁴⁴

Por otra parte, la CDN en su artículo 21, regula este principio en relación a la adopción de menores, al señalar que “los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial.”⁴⁵

En cuanto a la regulación legislativa nacional en esta materia, la propia ley 19.620 sobre de adopción de menores consagra este principio en su artículo 1, al señalar que “la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar 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.”⁴⁶

Se agrega, además, en el Reglamento de la ley antes señalada, que “el interés superior considerará su realización personal, espiritual y material, y el respeto a los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana, de modo conforme a la evolución de sus facultades.”⁴⁷

El Código Civil, regula este principio en el artículo 222, al establecer que “la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.”⁴⁸ Es así, como el legislador reitera la necesidad de procurar la mayor realización espiritual y material del menor, y a resguardar sus derechos esenciales.

En cuanto a la Nueva Ley de Matrimonio Civil N° 19.947, el principio del interés superior del niño se encuentra consagrado junto con la protección al cónyuge más débil, en su artículo 3 “Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.”⁴⁹ De esta manera, la normativa busca dar protección y velar por los derechos de quienes considera están en una situación de mayor desventaja.

Por último, en relación a derecho nacional, la Ley de Tribunales de Familia N° 19.968, establece en su artículo 16, que “el interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios

⁴⁴ RAVETLLAT, I. PINOCHET, R. (2015). “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno.” *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N°3, P. 915. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-34372015000300007&lng=es&nrm=iso

⁴⁵ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 21

⁴⁶ Ley 19.620, Artículo 1

⁴⁷ Reglamento Ley 19.620, Artículo 1.2

⁴⁸ Código Civil, Artículo 222

⁴⁹ Ley 19.947, Artículo 3

rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.”

En virtud de todas las normas legales antes citadas, no cabe duda que el interés superior del niño constituye un verdadero principio rector del Derecho, contando con consagración nacional e internacional. Sin embargo, este principio ha debido enfrentar una serie de problemas producto de su indeterminación, lo que ha generado que sea cuestionada su verdadera efectividad por parte de la doctrina.

En atención a esta indeterminación, los autores Ravetllat y Pinochet señalan que “la verdadera fuerza atribuida a este principio reside en su carácter eminentemente abstracto, aspecto este que facilita su adaptación a los diferentes supuestos de hecho que puedan ir suscitándose, no obstante, esa misma circunstancia le ha valido un gran número de críticas fundamentadas, esencialmente, en su alto grado de indeterminación.”⁵⁰

Es de esta manera, que diferentes autores han otorgado una definición a este principio, como Miguel Cillero, quien señala que el interés superior del niño “es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derecho en este caso se identifican”⁵¹ De esta manera, sostiene, que se evita que se considere este principio como una mera orientación, la cual amplíe las facultades discrecionales.

Por otra parte, Gonzalo Aguilar, señala que “lo que se propone con la idea rectora o con el principio del interés superior del niño es, justamente, que la consideración del interés del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten. En realidad, este principio sólo exige tomar en cuenta o en consideración al niño como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado. En efecto, el interés superior implica abandonar viejas presunciones y reconocer que los niños y niñas sí son capaces, si pueden pronunciarse, incluso sobre los “estados del alma”.”⁵² De esta manera, lo que sostiene, es reforzar la idea de que los

⁵⁰ RAVETLLAT, I. PINOCHET, R. (2015). “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno.” *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N°3, P. 904. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-34372015000300007&lng=es&nrm=iso

⁵¹ CILLERO BRUÑOL, M. (2007). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. *Revista Justicia y Derechos del Niño (UNICEF)*, N° 9, P.134. Recuperado de: https://www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_Antologia_derechos_NNA_Escuela_Judicial.pdf

⁵² AGUILAR CAVALLO, G. (2008). “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.” *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 6, N°1, p. 230. Recuperado de http://www.edumargen.org/docs/curso42-1/unid01/apunte03_01.pdf

menores son plenos sujetos de derechos humanos, de manera que deben gozar de los mismos derechos, con una especial protección, dado su calidad de grupo más vulnerable y desprotegido.

En materia jurisprudencial, la Corte Suprema, en un fallo en el año 2010, definió el interés superior del niño como “principio rector de interpretación y de decisión, concepto que aunque jurídicamente indeterminado y de contornos imprecisos, aparece delimitado por las circunstancias de cada caso en particular, y en la especie, por aquello que resulte ser lo más aconsejable para asegurar la protección de los derechos fundamentales de los menores y posibilitar la satisfacción de todos los requerimientos de una vida normal orientados al equilibrado y sano desarrollo de su personalidad en un ambiente de afecto, de contención y de formación integral.”⁵³ De esta manera, la Corte Suprema establece que el principio se encuentra determinado por las circunstancias del caso en particular, siempre buscando la solución más beneficiosa para el menor.

En virtud de la inseguridad jurídica que se ha producido debido a la indeterminación de este principio, es que el legislador ha buscado dar respuesta mediante reformas legales, como es el caso de la modificación introducida en el Código Civil por la Ley 20.680, la cual tiene por objeto proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, otorgando al mismo tiempo, un mayor nivel de concreción positiva al concepto del interés superior del niño.

De igual manera, el Comité de los Derechos del Niño desarrolló en la Observación General n°14 sobre el derecho del niño del año 2013, un análisis normativo del principio en cuestión, el cual ha servido de base para configurar y dotar de significación el interés superior el niño.

Es así como la Observación General N° 14 “gira en torno al concepto dinámico del interés superior del niño, con la finalidad última de facilitar a todos los agentes sociales su adecuada interpretación y puesta en escena; garantizando, así, el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos de los que los niños, niñas y adolescentes son titulares.”⁵⁴

El Comité sobre Derechos del Niño, para efectos de identificar el principio del interés superior del niño y abordar el problema de su indeterminación, establece dos técnicas legislativas que buscan dar respuesta a esta situación. “Por un lado, establece su identificación mediante una serie de indicadores legales, representativos de lo que la sociedad considera como los factores más importantes y significativos del mismo, que vienen a proporcionar unas pautas a seguir en la toma de todas aquellas decisiones donde

⁵³ Chile. Corte Suprema. Rol 9922-2010. Fuente: Legal Publishing

⁵⁴ RAVETLLAT, I. PINOCHET, R. (2015). “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno.” *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N°3, P. 905. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-34372015000300007&lng=es&nrm=iso

este principio deba entrar en juego; y por otro, a través de una cláusula general, en la que solo se impone la necesidad de actuar en interés del menor, pero sin reconocérsele un contenido específico.”⁵⁵

Este último criterio, correspondiente a la cláusula general, es el mecanismo de determinación empleado por el ordenamiento jurídico chileno, “en el que el legislador incide escasamente en el contenido particular del principio y se configura como un concepto jurídico indeterminado, con remisión, para su precisión efectiva, al momento y a la persona que deba aplicar la norma y por ende el concepto, con la correspondiente adecuación del mandato legal a cada supuesto determinado, a la amplia variedad de personas implicadas y a la pluralidad de situaciones que pudiera suscitarse.”⁵⁶

De esta manera, el interés superior del niño “tiene una composición genérica, abierta y flexible, lo que permite su aplicación a las diversas situaciones jurídicas y sociales que se planteen como consecuencia de la variada realidad social.”⁵⁷

B) Principio de Subsidiariedad y de la prioridad de la familia biológica

Este principio, de especial importancia para los efectos de esta investigación, cuenta con consagración nacional e internacional, al igual que el principio del interés superior del niño.

En sede internacional, la CDN contiene el principio de subsidiariedad y prioridad de la familia biológica en una serie de disposiciones, como lo señala Hernán del Corral ““La CDN manifiesta también la prioridad que debe darse a la familia de origen, al disponer que el niño tiene derecho “a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos” (art 7.1), que los Estados deben respetar la identidad del niño, incluidas las relaciones familiares (art 8.1), y que “velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”.”⁵⁸

En sede nacional, este principio se encuentra constitucionalmente protegido en el artículo 19 N°10, ya que se señala que son los padres quienes tiene el derecho y el deber de educar a sus hijos.

⁵⁵ RAVETLLAT, I. PINOCHET, R. (2015). “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno.” *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N°3, P. 905. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-34372015000300007&lng=es&nrm=iso

⁵⁶ RAVETLLAT, I. PINOCHET, R. (2015). “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno.” *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N°3, P. 905. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-34372015000300007&lng=es&nrm=iso

⁵⁷ RAVETLLAT, I. PINOCHET, R. (2015). “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno.” *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N°3, P. 930. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-34372015000300007&lng=es&nrm=iso

⁵⁸ CORRAL TALCIANI, H. (2002). *Adopción y filiación Adoptiva*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p.67

En cuanto a la ley de adopción, expresa de manera clara la preferencia que existe por la familia biológica del menor, y la consideración de la adopción “no como una forma alternativa, sino netamente subsidiaria”⁵⁹, la cual será procedente, exclusivamente, en aquellos casos en que la familia de origen no esté en condiciones de proporcionarle el afecto y cuidados necesarios para satisfacer sus necesidades espirituales y materiales.

De esta manera, el artículo 1, antes citado, establece: “La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar 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.”⁶⁰

De igual forma, el artículo 15, en su inciso segundo, señala: “El juez resolverá acerca de la veracidad de los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado, en especial la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del mismo en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él.”⁶¹

Finalmente, el artículo 8 del Reglamento de la Ley de adopción, hace hincapié en la necesidad de acreditar la imposibilidad de la familia de origen de cuidar al menor: “el programa de apoyo y orientación a la familia de origen del menor tendrá como objetivo fundamental constatar si ésta podría procurarle los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales.”⁶²

De esta manera, y en virtud de las normas invocadas, es que “el juez, ante la disyuntiva de separar o no a un niño de su familia biológica, deberá preferir que éste permanezca con su familia de origen, a menos que el interés superior del niño señale que le es más beneficioso ser entregado en adopción.”⁶³

Es así, como el principio del interés del niño, pasa a tomar un rol fundamental a la hora de emplear el principio de subsidiariedad o prioridad biológica; ya que actúa como un limitante en el ejercicio de este principio, considerando lo más beneficioso para el menor, y no lo más beneficioso para su familia de origen, o posibles adoptantes. “De esta forma, el interés superior inspira toda la normativa sobre las

⁵⁹ CORRAL TALCIANI, H. (2002). *Adopción y filiación Adoptiva*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 67

⁶⁰ Ley 19.620, Artículo 1

⁶¹ Ley 19.620, Artículo 15.2

⁶² Reglamento Ley 19.620, Artículo 8

⁶³ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, p. 225

relaciones paterno-filiales, pero también es fuente de orientación para la interpretación de las normas y para resolver conflictos de normas o colisión de derechos.”⁶⁴

Esta pugna de principios, o ponderación de ellos, se manifiesta en la decisión que debe adoptar el Juez de Familia al momento de declarar o no la susceptibilidad de adopción, ya que deberá optar entre proteger y fortalecer el vínculo existente entre el menor y su familia biológica, o decidir su entrega en adopción, cuando considere que ello responde al interés superior del menor.

Es por esto, que la ponderación de ambos principios, subsidiariedad de la adopción e interés superior de niño, constituirían gran parte del análisis jurisprudencial que se realizará en el capítulo tercero de esta investigación, de manera de establecer, cuáles son los criterios (en el caso de que éstos existan) para que un Tribunal determine si un menor debe permanecer con su familia de origen, o por el contrario, debe ser declarado susceptible de ser adoptado.

C) Principio de derecho a la identidad o verdad biológica

Este principio se encuentra consagrado en la CDN en su artículo 8, al señalar que es deber de todos los Estados respetar el derecho a la identidad. Por su parte, la Ley de adopción, en su artículo 27 inciso 3, señala que “cualquier interesado mayor de edad y plenamente capaz que tenga antecedentes que le permitan presumir que fue adoptado podrá solicitar personalmente al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informe si su filiación tiene ese origen.”⁶⁵

Estas normas demuestran un gran avance en materia de derecho a la identidad, ya que durante mucho tiempo la adopción tuvo carácter secreto, lo cual incluso era protegido por la ley, como lo señalaba la Ley N° 16.346, la cual establecía que debía destruirse el expediente judicial, una vez que se obtuviese la adopción por sentencia judicial.

Respecto de la interpretación que debe dársele a este principio, Zannoni señala “que no puede ser interpretada como referida necesariamente a la identidad en su faceta dinámica (biológico), sino también debiera incluir la identidad en su faceta dinámica (afectiva), para no incurrir en exageraciones biologistas que socavan los fundamentos de la adopción filiativas.”⁶⁶ De manera, que no debe entenderse este principio desde una perspectiva netamente biológica, sino desde una perspectiva más global, en la que

⁶⁴ LEPIN MOLINA, C. (2014). “Los nuevos principios del Derecho de Familia”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, Vol. 23, pp.37. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/137063/Lepin-Los-nuevos-principios-del-derecho-de-familia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁶⁵ Ley 19.620, artículo 27.3

⁶⁶ CORRAL TALCIANI, H. (2002). *Adopción y filiación Adoptiva*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p.70

se le otorga al adoptado el derecho de conocer toda su historia, incluidos sus orígenes, para poder conocerse a sí mismo.

D) Principio de preferencia de la familia matrimonial

La Ley N° 19.620, establece en su artículo 21 que “en caso de que no existan cónyuges interesados en adoptar a un menor que cumplan con todos los requisitos legales o que sólo les falte el de residencia permanente en Chile, podrá optar como adoptante una persona soltera, divorciada o viuda, con residencia permanente en el país.”⁶⁷

De esta manera, la Ley da preferencia para adoptar a los matrimonios con residencia permanente en Chile, sin embargo, en el caso que no existan matrimonios interesados en adoptar, podrán hacerlo personas individuales, viudas, solteras o divorciadas, siempre que a criterio del juez, puedan proporcionarle el afectos y cuidados necesarios al menor, para la satisfacción de sus necesidades.

El fundamento de este principio descansa en otorgarle el menor el “medio familiar más idóneo posible”⁶⁸, es por esto, que se busca la posibilidad más estable y sólida para el menor susceptible de adopción, lo que conforme a la legislación, es mediante una familia matrimonial.

E) Principio de Inseparabilidad de los hermanos

La ley 19.620, señala en su artículo 23, inciso 5, que en el “caso de que dos o más menores que se encuentren en situación de ser adoptados sean hermanos, el tribunal procurará que los adopten los mismos solicitantes.”⁶⁹

Mediante esta norma, el legislador busca evitar generar un nuevo daño para el menor, como lo sería la separación de sus hermanos biológicos, por lo que se busca la unidad de ellos, en el caso de ser posible. Como lo señala Catalina Arias “sobreviniendo el desamparo por parte de la familia biológica o familia adoptiva, mal podría legitimarse un nuevo agravio desde la ley o desde la decisión judicial que, de ningún modo, podría justificarse en la dificultad de encontrar adoptantes para más de un solo niño.”⁷⁰

F) Principio de Preferencia por la adopción nacional

La CDN establece en su artículo 21 letra b “que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar al niño, en el caso que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado

⁶⁷ Ley 19.620, Artículo 21.1

⁶⁸ CORRAL TALCIANI, H. (2002). *Adopción y filiación Adoptiva*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 68

⁶⁹ Ley 19.620, Artículo 23.5.

⁷⁰ ARIAS DE RONCCHIETTOA, C. (1997). *La adopción*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot, p. 91

a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en su país de origen.”⁷¹ De igual forma, el artículo 30 de la Ley 19.620, señala que la adopción internacional solo procederá cuando no existen matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile, que quieran adoptar.

Es así, como de las normas citadas, se desprende el carácter subsidiario de la adopción internacional, la cual procederá sólo en aquellos casos en que no sea posible que el menor se mantenga su país de origen. Esta medida tiene como fundamento, que al momento de buscar una familia para un menor susceptible de adopción, se debe privilegiar, en lo posible, un entorno que cuente con la misma nacionalidad, raza y cultura, para que el menor pueda mantener sus raíces, y evitar eventuales perjuicios en su desarrollo.

G) Principio del derecho del niño a dar su opinión

Finalmente, el último principio informador de la adopción, corresponde al derecho del menor que será adoptado, a dar su opinión y a otorgar su consentimiento respecto de la adopción.

Así lo recoge la CDN en su artículo 12, al establecer que “los Estados partes, garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez.”⁷²

De igual forma, el artículo 3 de la Ley de adopción, señala que “durante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez.”⁷³ De esta manera ni la Ley de adopción ni la CDN nos señalan a partir de qué edad es que se debe consultar al menor, ni qué debe entenderse por madurez.

Es por esto, como señala Gómez de la Torre, que para resolver esta interrogante, “es necesario distinguir si se trata de un menor adulto o de un niño.”⁷⁴ En el caso de que se trate de un niño, se deberá realizar una valoración psicológica, mediante especialistas. Cabe señalar que la Ley 19.968 establece en su artículo 16 inciso 3, que “para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años.” En el caso que se trate de un menor adulto, como se señala en el artículo 3 inciso segundo de la Ley, “será necesario su consentimiento, que manifestará expresamente ante el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción.”⁷⁵

⁷¹ Convención Derechos del Niño, Artículo 21.b

⁷² Convención de los Derechos del niño, Artículo 12

⁷³ Ley 19.620, Artículo 3.

⁷⁴ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, p. 230

⁷⁵ Ley 19.620, Artículo 3.1

Por último, cabe señalar que la Ley de Tribunales de familia, establece en su artículo 16 inciso segundo, que tanto el interés superior del niño, como su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Lo que termina por consagrar este principio, como uno de los rectores en derecho de familia, junto con el interés superior del niño.

6. Situación Actual de la adopción en Chile

Habiendo desarrollado un marco general de la adopción en Chile, es necesario conocer las estadísticas que presenta el país hoy en día, para determinar la efectividad de la legislación vigente en materia de adopción.

Conforme a los datos otorgados por la Unidad de Estudio del SENAME, mediante su Anuario Estadístico a diciembre de 2016 (que corresponde al último informe emitido en esta materia), durante el año 2016, se iniciaron 685 causas de susceptibilidad de adopción. De estas 685 causas de susceptibilidad, un 50,76% correspondía a niños, un 46,96% a niñas, y un 2,28% a sexo indeterminado, por tratarse de niños por nacer.

En cuanto al número de enlaces con familias adoptivas, este estudio reveló que se realizaron 472 enlaces en el año 2016, de los cuales un 62,3% corresponden a menores hasta los tres años, lo cual contrasta con el 12,5% de enlaces de menores de ocho y más años de edad.

Cabe señalar que el concepto de enlace “dice relación con el encuentro entre el niño/a y quienes serán su familia adoptiva, el que se conforma legalmente a través de la entrega del “cuidado personal” por parte de un Juez de Familia. Este “enlace” o “encuentro” debe ser siempre antecedido por una preparación de ambas partes, especialmente cuando se trata de niños/as mayores.”⁷⁶

Respecto de las causales invocadas para iniciar procedimientos de susceptibilidad de adopción, se señala que en el año 2016, las principales causales fueron: inhabilidad, abandono y ánimo manifiesto, que corresponden a las causales N° 1, 2 y 3 del artículo 12 de la Ley adopción.

Otro aspecto relevante que destaca este estudio, es el relativo a los tiempos de espera de los solicitantes nacionales, considerándose como tiempo de espera, el que media entre la declaración de idoneidad de los adoptantes y el enlace con un menor. En los casos de adopción de menores de tres años, el tiempo de espera es de 16,6 meses, el cual se ve reducido a 12,8, cuando se adopta a un niño o niña mayor a tres

⁷⁶ Unidad de Estudio Sename. Anuario Estadístico 2016. P. 41. Recuperado de <http://www.sename.cl/web/wp-content/uploads/2017/01/Anuario-Estadistico-2016-vf-29-12-2017.pdf>

años. De esta manera, a medida que aumenta la edad del menor, disminuye el tiempo de espera por parte de los solicitantes.

Finalmente, analizando el número de menores adoptados entre los años 2008 y 2016, se puede señalar que en el período del 2008 al 2011 se evidenció un proceso de aumento en el número de adopciones exitosas, llegando a su peak en el año 2011, con 538 enlaces efectivos. Sin embargo, a partir de ese año se comienza a evidenciar una baja constante y significativa de adopciones, lo cual se ha mantenido en los últimos años, pese a que el número de menores susceptibles de ser adoptados no ha disminuido, lo cual constituye un perjuicio, tanto para los niños y niñas, como para las personas interesadas en adoptar.

II. CAPÍTULO SEGUNDO: PROCEDIMIENTOS DE ADOPCIÓN

Para efectos de que proceda la adopción, la ley N°16.620, establece dos procedimientos: uno previo, en el cual un Juzgado de Familia declara judicialmente que un menor es susceptible de ser adoptado, con la finalidad de que el niño o niña ingrese a un registro nacional de menores susceptibles de ser adoptados; y un segundo procedimiento, en el cual el Juzgado de Familia declara judicialmente la adopción de un menor, para efectos de que se inscriba dicha sentencia en el Registro Civil.

En esta materia, cabe señalar, que con la publicación de la ley N°19.968, que creó los Tribunales de Familia, publicada el 30 de agosto de 2004, y que entró en vigencia el 1 de octubre de 2005, se uniformó la competencia de los jueces de familia, para conocer los asuntos que antes estaban entregados al conocimiento de los juzgados de menores. De esta manera, “con las reformas que la ley N°19.968 realiza a la ley de adopción, se modifican, tanto los procesos previos a la adopción, como el de adopción propiamente tal.”⁷⁷

1. Procedimientos previos a la adopción, regulados en el título II de la ley 19.620

Los procedimientos previos a la adopción, o también llamados procedimientos de susceptibilidad de la adopción, se encuentran contemplados el título II de la ley, en el artículo 8 y siguientes.

Estos mecanismos se establecen, ya que “no todos los niños tienen la posibilidad de crecer bajo el amparo de su familia biológica, ya sea porque ésta se manifiesta incapacitada para asumir esta responsabilidad, y ha expresado ante el juez competente su voluntad de entregarlo en adopción, o porque han sido inhabilitados por el tribunal para ejercer su rol parental.”⁷⁸ Es de esta manera, que corresponde iniciar un proceso previo de susceptibilidad, en relación a aquellos menores, cuyas familias biológicas se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

- A) El menor cuyos padres no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él, y que expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el juez competente (artículo 8 letra a)**

Procedimiento: este presupuesto, de entrega voluntaria del menor, se inicia mediante una solicitud del padre, madre o ambos, ante el tribunal de familia competente. Esta solicitud debe reunir todos los

⁷⁷ Undurraga, M. (2007). *Análisis del Funcionamiento de la Institución de la Adopción en Nuestra Realidad Administrativa y Judicial*. (Tesis de pregrado). Universidad de Chile, Santiago de Chile, p. 26.

⁷⁸ Undurraga, M. (2007). *Análisis del Funcionamiento de la Institución de la Adopción en Nuestra Realidad Administrativa y Judicial*. (Tesis de pregrado). Universidad de Chile, Santiago de Chile, p. 27.

requisitos establecidos en el artículo 56 de la ley N° 19.968, y otorga el plazo de 30 días para retractarse, contados desde la declaración de voluntad antes el tribunal.

Una vez recibida dicha solicitud, el juez citará a una audiencia preparatoria, que se llevará a cabo entre el décimo y el decimoquinto día. En este punto, como señala Gómez de la Torre “se presenta una diferencia entre este procedimiento especial de adopción y el procedimiento ordinario establecido en la ley N°19.968. En este último se citará a las partes a audiencia preparatoria en el más breve plazo posible, mientras que, en el juicio de entrega del menor para ser adoptado, la ley designa un plazo entre el décimo y el decimoquinto día.”⁷⁹

En el caso que la solicitud hubiese sido presentada por uno de los padres, el juez ordenará citar al otro padre que hubiere reconocido al niño, bajo el apercibimiento que su incomparecencia hará presumir que también tiene la voluntad de entregar al menor en adopción.

Por otra parte, en cuanto a la tramitación, el artículo 9 es el numeral 3, establece que “el tribunal comprobará que los padres del menor de edad no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él.”⁸⁰ Esta facultad de actuar de oficio, se justifica en virtud del principio de subsidiariedad, como señala Gómez de la Torre “por aplicación del principio de subsidiariedad, el juez tiene la obligación de comprobar si los padres están o no capacitados de hacerse cargo de su hijo. Para ello podrá decretar todas las diligencias tendientes a comprobarlo.”⁸¹

Sin embargo, en atención a esta obligación del tribunal, Javier Barrientos, agrega que “si citado el padre presta su consentimiento para la adopción, no es necesario practicar las actuaciones previstas respecto de los menores cuyos padres no se encuentran capacitados de hacerse cargo responsablemente de él.”⁸² Fundamenta esta declaración, en un fallo dictado por la Corte de Apelaciones de San Miguel en el año 2002, en el que se establece que “citado el padre de acuerdo a lo previsto en el artículo 9° de la ley citada, comparece a fs. 11 y con fecha 10 de agosto de 2000 dando su consentimiento para la adopción señalando que conoce las consecuencias que ello ocasionará, hace presente que no ha tenido contacto con el menor desde que éste tenía 1 año de edad. Cuarto: Que en estas circunstancias no es procedente realizar por inoficiosas las demás actuaciones a que se refiere el mencionado artículo 9°.”⁸³

⁷⁹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, p. 252

⁸⁰ Ley 19.620, artículo 9.3

⁸¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, p. 254

⁸² BARRIENTOS, J. (2015). *Código de Familia*. Santiago, Chile: Editorial Thomson Reuters, p. 589

⁸³ Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 1269-2001

Con posterioridad a estas diligencias, y una vez realizada la audiencia preparatoria, el juez citará a audiencia de juicio, la cual se llevará a cabo dentro de los quince días siguiente. El desarrollo de esta audiencia no podrá suspenderse, ni decretarse su prolongación en otras sesiones, por la circunstancia de que falten informes u otras pruebas decretadas por el tribunal. Finalmente, el juez de familia dictará sentencia definitiva, la cual una vez ejecutoriada deberá ser puesta en conocimiento del SENAME, para que dicha institución incorpore al menor al Registro de personas que pueden ser adoptadas, conforme lo establece el artículo 5 de la ley de adopción.

Entrega del menor antes de su nacimiento: de un modo excepcional, la ley permite que pueda iniciarse el procedimiento de entrega del menor antes de su nacimiento, para lo cual debe cumplir una serie de requisitos, los cuales establece el artículo 10 de la ley, al señalar que el “procedimiento a que se refiere el artículo anterior podrá iniciarse antes de nacimiento del hijo, sólo cuando sea patrocinado por el SENAME o un organismo acreditado por éste.”⁸⁴

Se agrega además, que en el caso de no existir dicho patrocinio, el tribunal deberá suspender el procedimiento y remitir los antecedentes al SENAME. Esta remisión tiene como fundamento la protección de la madre que decide dar en adopción, y que “busca evitar que existan intermediarios que puedan aprovecharse de la situación de vulnerabilidad en que pueda encontrarse la mujer embarazada, para inducirla a entregar a su hijo en adopción.”⁸⁵

Finalmente, la madre del menor, deberá dentro de 30 días, contados desde el parto, ratificar ante el tribunal, su voluntad de entregar al menor en adopción. La mujer deberá presentar su voluntad de forma libre, sin ser sujeta a apremios, ya que, de lo contrario, se tendrá por desistida su decisión.

B) El menor que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes, de conformidad al artículo 11 (artículo 8 letra b)

Respecto de esta causal, el legislador, en el artículo 11 de la ley de adopción, señala una serie de situaciones en que puede encontrarse el menor respecto de sus ascendientes consanguíneos, señalando en cada uno de estos casos, el procedimiento que debe aplicarse:

- Cuando el menor ha sido reconocido como hijo de uno de los padres y el otro cónyuge solicita la adopción, se debe recurrir directamente al proceso de adopción contemplado en el Título III de la ley, no existe procedimiento previo.

⁸⁴ Ley 19.620, artículo 10

⁸⁵ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, p. 257

- Cuando el hijo ha sido reconocido por ambos padres o tiene filiación matrimonial, será necesario el consentimiento del otro padre o madre, aplicándose en lo que corresponda, lo dispuesto en el artículo 9 de la ley. “Se encuentran en esta situación el hijo que nace fuera del matrimonio, pero que ha sido reconocido por ambos padres, uno de los cuales contrae matrimonio y cuyo cónyuge quiere adoptar al hijo. También se produce el caso cuando los padres se anulan o divorcian y uno de ellos se casa nuevamente y su cónyuge quiere adoptarlo.”⁸⁶
- Cuando falta el otro padre o madre, o si este se opone, el juez debe resolver si el menor es susceptible o no de ser adoptado, de acuerdo al procedimiento establecido en los artículos 9 y 12, según corresponda.
- Cuando el adoptante sea otro ascendiente consanguíneo del padre o madre del menor, se aplicará el procedimiento establecido en los artículos 9 al 13, según corresponda. Para determinar qué procedimiento procede en cada caso, Gómez de la Torre señala que “si el niño ha sido reconocido por uno o ambos padres y éstos han prestado su consentimiento para la adopción por el ascendiente, se debería aplicar el procedimiento del artículo 9º. Si el niño se encuentra a cargo del ascendiente, se debería aplicar el procedimiento de los artículos 13 y siguientes.”⁸⁷

C) El menor que ha sido declarado susceptible de ser adoptado por resolución judicial del tribunal competente, de acuerdo a los artículos 12 y siguientes (artículo 8 letra c)

Respecto de esta causal, el procedimiento previo de susceptibilidad, procede siempre, sin importar si la filiación del menor se encuentre determinada o no, sólo es necesario que concurra alguna de las tres causales contenidas en el artículo 12 letra c, referentes a la inhabilidad física o moral de los padres, la falta de atención personal o económica, y la entrega del menor con ánimo manifiesto de liberarse de las obligaciones legales.

En el caso de que concurra alguna de esas causales, la parte interesada en que se declare la susceptibilidad, deberá dar inicio a este procedimiento previo, conforme a la que dispone el artículo 12 y siguientes de la ley de adopción.

⁸⁶ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, p. 258

⁸⁷ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, p. 258

Competencia e inicio del procedimiento: en primer lugar, en cuanto al tribunal competente, el artículo 18 de la ley de adopción, establece que conocerá del procedimiento, el juez de letras, con competencia en materias de familia, del domicilio o residencia del menor. Agregando además, que se entenderá como domicilio del menor el de la respectiva institución, en el caso de encontrarse bajo los cuidados del SENAME.

En este punto, cabe señalar que con la entrada en vigencia de la ley 19.968 que crea los tribunales de familia, se modifica este artículo, otorgándole competencia a los juzgados de familia, conforme a lo que dispone la ley antes señalada en su artículo 1 “créanse los juzgados de familia, encargados de conocer los asuntos de que trata esta ley y los que les encomienden otras leyes generales y especiales, de juzgarlos y hacer ejecutar lo juzgado.”⁸⁸

Respecto del procedimiento, la ley establece en el artículo 13, que puede iniciarse de oficio por el juez, o a solicitud del SENAME o a la instancia de personas naturales o jurídicas que lo tenga a su cargo.

En el caso de que se inicie por instituciones públicas o privadas, la solicitud deberá ser presentada por sus directores; y en el caso que se inicie por personas naturales, éstas deberán acompañar a la solicitud el respectivo informe de idoneidad emitido por el SENAME u otro organismo acreditado, en el cual se les habilite como padres adoptivos.

Sin embargo, la Ley establece que en aquellos casos en que la filiación del menor no se encuentre determinada respecto de ninguno de sus padres, sólo podrán iniciar este procedimiento el SENAME o el organismo acreditado, que tenga bajo su cuidado al menor, estableciendo de esta manera, la exclusividad de estos organismos en casos de filiación indeterminada.

Tramitación: conforme lo señala el artículo 14 de la Ley, recibida la solicitud antes señalada, el juez de familia citará, a la brevedad posible, a los ascendientes y a los otros consanguíneos del menor, hasta el tercer grado en la línea colateral, a una audiencia preparatoria. “El trámite es obligatorio cuando se trata de niños con filiación determinada.”⁸⁹

Esta citación a la familia extendida, tiene dos finalidades: que la familia exponga lo que sea más conveniente para los intereses del menor, pudiendo acoger u oponerse a la solicitud; y por otra parte, el

⁸⁸ Ley 19.968, artículo 1

⁸⁹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, p. 260.

apercibimiento a la familia del menor, ya que si no concurren a la audiencia preparatoria, se presumirá su consentimiento favorable a la declaración de susceptibilidad de adopción.

Asimismo, el juez deberá citar al menor, de acuerdo a su edad y grado de madurez, lo que constituye una clara aplicación del principio del derecho de ser oído del niño o niña, señalado anteriormente. Además, deberán citar a las personas bajo cuyo cuidado esté, y a todos quienes puedan aportar antecedentes para una acertada resolución del asunto.

La citación se notificará personalmente a los padres del menor y por carta certificada a los demás, en cuanto tuvieren domicilios conocidos. En el caso contrario, el juez deberá dirigir oficios al Registro Electoral y al Registro Civil para que informen respecto de los domicilios que pudieren tener anotados en sus registros. Finalmente, en el caso de no lograr establecerse el domicilio, el juez ordenará la notificación de la citación mediante un aviso en el diario oficial.

Audiencia Preparatoria: la audiencia preparatoria tendrá lugar entre el décimo y el decimoquinto día posterior a la presentación de la solicitud, o desde el inicio del procedimiento si se inició de oficio.

Esta audiencia tiene por objeto, que las partes puedan aportar las pruebas que estimen necesarias, y para que se acompañen los informes emitidos por el SENAME u otros organismos acreditados. El Tribunal resolverá acerca de la veracidad de los hechos que se invocan para la declaración de susceptibilidad de adopción, “en especial la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor en su familia de origen y de las ventajas que la adopción presenta para él.”⁹⁰ De esta manera, se reafirma el carácter subsidiario de la adopción, señalando que se deben haber agotado todas las medidas que permitieran la permanencia del menor con su familia de origen.

En el caso que no se dedujere oposición en la audiencia preparatoria, y el juez “contare con los antecedentes de prueba suficiente para formarse convicción, el tribunal dictará sentencia.”⁹¹ Y una vez ejecutoriada esta sentencia, deberá ser puesta en conocimiento del SENAME para que incluya al menor en el Registro Nacional de Menores en Condiciones de ser adoptados.

⁹⁰ Ley 19.620, Artículo 15.2

⁹¹ Ley 19.620, Artículo 15.4

Audiencia de Juicio: esta audiencia se llevará a cabo en aquellos casos en que existiere oposición, o faltaren antecedentes que permitieren al juez de familia formar plena convicción acerca de la declaración de susceptibilidad del menor.

Se llevará a cabo con los mismos plazos que la audiencia preparatoria, y se rendirán de manera oral todas las pruebas tendientes a acreditar los requisitos exigidos por la Ley. El Juez resolverá acerca de la veracidad de los hechos y dictará sentencia en esta audiencia, la cual ejecutoriada deberá ser puesta en conocimiento del SENAME, como se señaló anteriormente.

Cuidado Personal del menor: en su artículo 19, la Ley de adopción, le otorga al juez ante el cual se sigue el procedimiento, la facultad de confiar el cuidado personal del menor a quienes hayan manifestado al tribunal su voluntad de adoptarlo y cumplan con los requisitos que establecen los artículos N° 20, 21 y 22.

Esta facultad del juez, se fundamenta en que el proceso de declaración de susceptibilidad de adopción de un menor es un trámite judicial que, aunque tenga plazos breves fijados por la Ley, pueden tardar un tiempo, lo cual puede traducirse en graves perjuicios para el niño o niña. Es por esto, que la Ley permite adelantar la entrega del cuidado personal del menor a los posibles adoptantes, de manera de salvaguardar los intereses del niño o niña.

El otorgamiento del cuidado personal anticipado, se realiza mediante una solicitud al tribunal, ante la cual el juez debe citar a una audiencia dentro de quinto día, debiendo concurrir los solicitantes, es decir, los posibles adoptantes, con los antecedentes que avalen su petición. Este procedimiento tiene carácter reservado respecto de terceros distintos de los solicitantes.

Finalmente, la resolución que apruebe la solicitud de cuidado personal, producirá sus efectos, sólo una vez ejecutoriada la sentencia que declare que el menor de edad es susceptible de adopción, salvo en aquellos casos excepcionales que establece el artículo 19 de la Ley, respecto de las cuales, el juez podrá autorizar el cumplimiento de la resolución durante el curso del procedimiento.

2. Procedimientos de adopción propiamente tal, regulados en el título III de la ley 19.620

Estos procedimientos, de adopción propiamente tal, proceden con posterioridad a la declaración de susceptibilidad, en el caso de haber sido necesaria, y tienen por objeto constituir mediante una resolución judicial, la adopción de un menor, otorgándole de esta manera, el estado civil de hijo.

El concepto de “constituir mediante una resolución judicial”, revela el carácter constitutivo que tiene esta resolución, como lo establece el profesor Abeliuk al señalar que “no cabe la menor duda que la adopción no determina o constata una filiación, sino que la crea, es constitutiva.”⁹²

Cabe agregar además, que esta constitución es judicial, siendo un procedimiento no contencioso, como se señala en el artículo 23 inciso 2° de la Ley “la adopción tendrá el carácter de un procedimiento no contencioso, en el que no será admisible oposición.”⁹³

A) Procedimiento para constituir la adopción por personas residente en Chile, contemplado en los Párrafos 1 y 2 del Título II de la ley de adopción

Titulares de este procedimiento: el artículo 20 de la ley de adopción, establece que los matrimonios con residencia en Chile que quieran adoptar a un menor, deberán reunir los siguientes requisitos:

- Ser matrimonios de chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, quienes deben actuar siempre de consuno en las gestiones que requieran de expresión de voluntad de los adoptantes.
- Tener más de dos años de matrimonio. Sin embargo, este requisito no será exigible, cuando uno de los cónyuges estuviere afectado por infertilidad.
- Tener idoneidad física, mental, psicológica y moral, la cual haya sido evaluada por el SENAME o por un organismo autorizado por éste.
- Ser mayores de veinticinco y menores de sesenta años de edad, y tener una diferencia de edad de veinte años o más con el menor. En este caso, el juez puede rebajar, por resolución fundada, los límites de edad o la diferencia de años, siempre que esta rebaja no exceda de cinco años. Se agrega además, que esta exigencia de diferencia de edad no rige si uno de los adoptantes fuere ascendiente por consanguinidad del adoptado.

En su inciso final, el artículo 20, incorpora una modificación realizada por la Nueva Ley de Matrimonio Civil, señalando que no podrá concederse la adopción a los padres respecto de los cuales se haya declarado una separación judicial, mientras ésta subsista. Se señala además, que en el caso de existir reconciliación, deberán acreditarlo conforme lo dispone la Ley de Matrimonio Civil.

⁹² ABELIUK MANASEVICH, R. (2000). *La filiación y sus efectos: (la filiación, su determinación, acciones judiciales, la filiación adoptiva, efectos de la filiación, sucesión intestada y asignaciones forzosas, otras reformas de las leyes no. 19.585 y no. 19.620.* Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, p. 257

⁹³ Ley 19.620. Artículo 23.2

Por otra parte, la ley de adopción en su artículo 21, en concordancia con el principio de preferencia por las familias matrimoniales, establece que “en el caso que no existan cónyuge interesados en adoptar a un menor que cumplan con todos los requisitos legales o que le falte sólo el de residencia permanente en Chile, podrá optar como adoptante una persona soltera, divorciada o viuda, con residencia permanente en el país.”⁹⁴

De esta manera, la ley de adopción, admite que personas solteras puedan ser titulares de un procedimiento de adopción, como lo señala Macarena Undurraga “en cuanto a la posibilidad de adopción por personas solteras, es una de las innovaciones más importantes de la ley N° 19.620.”⁹⁵

Finalmente, en cuanto a la titularidad del procedimiento, la ley otorga en su artículo 22 la denominada adopción post mortem. A través de esta modalidad, se permite otorgarle la adopción al viudo o viuda del cónyuge difunto, siempre que en vida de ambos se haya iniciado la tramitación correspondiente, o en el caso de no haberse alcanzado a iniciar dicho procedimiento, el cónyuge difunto haya manifestado su voluntad de adoptar conjuntamente con el cónyuge sobreviviente. En estos casos la adopción se entenderá efectuada por ambos cónyuges.

Competencia y procedimiento: al igual que en los procedimientos previos de adopción, el legislador estableció en el artículo 23, que será competente para conocer, el juez de letras, con competencia en materias de familia, del domicilio del menor. Norma que como señalamos, se vio modificada en virtud de la entrada en vigencia de la ley que crea los tribunales de familia, otorgándole la competencia a éstos.

En cuanto al procedimiento, este se inicia con la correspondiente solicitud de adopción. Esta solicitud, como lo señala el artículo 23 de la ley, deberá ser firmada por todos los solicitantes “es decir, si la solicita un matrimonio, debe ser firmada por ambos cónyuges; si la solicita una persona soltera, divorciada o viuda, debe ser firmada por ésta, igual en el caso del o la viuda que acredite la intención de adoptar que tenía su cónyuge.”⁹⁶

Junto a esta solicitud, la ley establece una serie de documentos que se deben acompañar: copia íntegra de la inscripción de nacimiento del menor que se pretende adoptar; copia autorizada de la resolución judicial que declara que el menor puede ser adoptado; informe de evaluación e idoneidad física, mental,

⁹⁴ Ley 19.620, artículo 21

⁹⁵ Undurraga, M. (2007). *Análisis del Funcionamiento de la Institución de la Adopción en Nuestra Realidad Administrativa y Judicial*. (Tesis de pregrado). Universidad de Chile, Santiago de Chile, p. 33.

⁹⁶ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, p. 268

sicológica y moral de los solicitantes, el cual debe ser emitido por el SENAME, o por una institución acreditada.

En el caso que existieran solicitudes de distintas personas que quieran adoptar al mismo menor, dichas solicitudes deben acumularse, para efectos de ser resueltas en una sola sentencia.

Tramitación: conforme a lo que señala el artículo 24 de la Ley, recibida por el tribunal la solicitud de adopción, la acogerá a tramitación, una vez que se haya verificado el cumplimiento de todos los requisitos legales antes señalados.

Además, solicitará que se agreguen todos los antecedentes del proceso previo de susceptibilidad de adopción, y citará a los solicitantes con todos los medios de prueba a la audiencia preparatoria, la cual se llevará a cabo entre los cinco y diez días siguientes.

Cabe agregar, que conforme al principio del derecho del niño a dar su opinión, y en atención al artículo 3 de la Ley de adopción, es que el juez de familia deberá citar al menor, para que señale su opinión o preste su consentimiento, los cuales serán tomados en consideración por el juez, atendiendo la edad y grado de madurez del menor.

Audiencia Preparatoria: esta audiencia se realizará entre el quinto o décimo día de recibida la solicitud de adopción.

Si el juez considera que en base a los antecedentes expuestos se acreditan las ventajas y beneficios que la adopción reporta para el menor, podrá resolver en esta misma audiencia, sin más trámite.

De lo contrario, decretará las diligencias adicionales que estime pertinentes para poder resolver, y citará a las partes a la audiencia de juicio, la cual se realizará en los cinco y diez días siguientes.

Audiencia de Juicio: en esta audiencia se rendirán las pruebas correspondientes, y las diligencias no rendidas se tendrán por no decretadas. El juez deberá dictar sentencia sin más trámite.

En el caso de que se denegare la solicitud de adopción, cesará de pleno derecho el cuidado personal que se hubiere decretado a favor de los solicitantes, debiendo el juez disponer la entrega del menor, a quien confíe su cuidado personal.

Sentencia que concede la adopción: la sentencia, deberá acoger o rechazar la solicitud de adopción, pero además, en el caso de acogerla, deberá ordenar conforme al artículo 26 de la Ley, las siguientes diligencias:

- Que se oficie a la Dirección Nacional del Registro Civil e Identificación y a cualquier otro organismo público o privado, solicitando la ficha individual del adoptado y todos los antecedentes que permitan su identificación.
- Que se remitan los antecedentes a la Oficina del Registro Civil e identificación del domicilio de los adoptantes, para que se practique una nueva inscripción de nacimiento del adoptado, como hijo de los adoptantes.
- Que se cancele la antigua inscripción de nacimiento del adoptado.
- Que se oficie al SENAME para que eliminen de los registros al adoptado y adoptantes.
- Que se oficie al Ministerio de Educación para que eliminen del registro curricular los antecedentes del menor adoptado, y se incorpore otro registro, conforme a su nueva identidad.

B) Procedimiento para constituir la adopción por personas no residentes en Chile, contemplado en el Párrafo 3 del Título III de la ley de adopción

Según lo dispone el artículo 29 de la ley, el procedimiento de adopción de un menor, por personas no residentes en Chile, se constituirá de acuerdo al procedimiento general, y se sujetará, cuando corresponda, a las Convenciones y a los Convenios Internacionales que la regulen y que hayan sido ratificados por Chile.

Es importante señalar, que la ley de adopción establece un orden de prelación en cuanto a la titularidad del procedimiento “la ley de adopción en sus artículos 20, 21 y 22, establece un orden de prelación en relación a las personas interesadas en adoptar, de lo cual se deduce que sólo para que se pueda constituir la adopción por personas que no sean residentes en Chile, no deben existir matrimonios residentes que deseen adoptar al menor.”⁹⁷

Sin embargo, el artículo 30 de la ley, establece en su inciso segundo, que “con todo, el juez podrá acoger a tramitación la solicitud de adopción de una menor presentada por un matrimonio no residente en Chile, aun cuando también estén interesados en adoptarlo personas con residencia permanente en el país, si median razones de mayor conveniencia para el interés superior del menor, que expondrá fundadamente en la misma resolución.”⁹⁸

⁹⁷ Undurraga, M. (2007). *Análisis del Funcionamiento de la Institución de la Adopción en Nuestra Realidad Administrativa y Judicial*. (Tesis de pregrado). Universidad de Chile, Santiago de Chile, p. 37.

⁹⁸ Ley 19.620, artículo 30.2

Procedimiento: como se señaló, conforme a lo estipula el artículo 29 de la ley, el procedimiento corresponderá al establecido en el Segundo Párrafo del Título II, relativo a las personas con residencia permanente en Chile, el cual presentará unas leves variaciones.

Es así, como el artículo 32 de la ley, establece que los matrimonios no residentes en Chile que quieran adoptar, deberán acompañar a su solicitud, los siguientes documentos, los cuales deberán estar autenticados, autorizados y legalizados, y traducidos al castellano:

- Certificado de nacimiento de los solicitantes.
- Certificado de matrimonio de los solicitantes.
- Copia íntegra de la inscripción de nacimiento de la persona que se pretende adoptar.
- Copia autorizada de la resolución judicial que declara que el menor puede ser adoptado.
- Certificado expedido por el cónsul chileno de profesión u honorario, si lo hubiere, en que conste que los solicitantes cumplen con los requisitos para adoptar según la ley de su país de residencia
- Certificado de la autoridad de inmigración del país de residencia de los solicitantes.
- Certificado autorizado por el organismo gubernamental competente del país de residencia de los solicitantes para formar la convicción del tribunal, en que conste la legislación vigente en aquel país en relación con la adopción así como acerca de la adquisición y pérdida de la nacionalidad del futuro
- Informe social favorable emitido por el organismo gubernamental o privado acreditado
- Certificados que comprueben, a satisfacción del tribunal, la salud física y mental de los solicitantes
- Informe psicológico, otorgado por profesionales competentes del país de residencia de los solicitantes.
- Antecedentes que acrediten la capacidad económica de los solicitantes.
- Fotografías recientes de los solicitantes.
- Tres cartas de honorabilidad de los solicitantes, otorgadas por autoridades o personas relevantes de la comunidad en su país de residencia.

En el caso que los solicitantes no acompañen los documentos mencionados en el artículo 32, el tribunal no acogerá a tramitación dicha solicitud.

Una segunda diferencia, se desprende del artículo 35 de la ley, ya que se establece que tanto en los procedimientos de susceptibilidad, como en el de adopción propiamente tal, el juez podrá autorizar que el menor que se pretende adoptar, quede bajo el cuidado personal de uno de los solicitantes, con la única variación, de que no podrá salir del territorio nacional, sin autorización judicial.

Y finalmente, en cuanto a la comparecencia, la ley establece que los solicitantes deberán comparecer personalmente ante el juez, cuando éste lo estime necesario, lo que dispondrá a lo menos en una oportunidad durante el proceso.

Por lo tanto, como se señaló anteriormente, el procedimiento de personas sin residencia permanente en el país, se rige de acuerdo a las normas del procedimiento general con algunas variaciones, y tomando siempre en consideraciones las Convenciones Internacionales ratificadas por Chile.

III. CAPÍTULO TERCERO: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD O PRIORIDAD BIOLÓGICA

Conforme se ha establecido en los capítulos anteriores, uno de los principios inspiradores de la adopción, tanto en Chile como a nivel internacional, es el de subsidiariedad o prioridad de la familia biológica. En virtud de la aplicación de este principio, es necesario agotar todos los esfuerzos para que el menor pueda permanecer en su familia de origen, ya que, para “velar por el interés superior del niño hay que hacer los mayores esfuerzos para que éste pueda desarrollarse en el medio familiar que lo vio nacer, y en especial con sus padres.”⁹⁹

Por consiguiente, la adopción debe ser considerada como una opción de última ratio, existiendo el deber de agotar todas las posibilidades de que el menor se mantenga con su familia de origen. Conforme lo ha señalado la doctrina nacional, la adopción no debe considerarse como una forma alternativa de filiación, sino que netamente subsidiaria, siendo procedente sólo en aquellos casos en que el menor no cuente con un medio familiar adecuado que lo acoja.

En virtud de la aplicación de este principio de subsidiariedad, el interés superior del niño pasa a tomar un rol fundamental. Lo anterior, ya que actúa como un limitante de la aplicación del principio de prioridad biológica. “El juez, ante la disyuntiva de separar o no a un niño de su familia biológica, deberá preferir que éste permanezca con su familia de origen, a menos que el interés del niño señale que le es más beneficioso ser entregado en adopción.”¹⁰⁰

En atención a lo anteriormente expuesto, procederemos a analizar jurisprudencialmente la aplicación del principio de subsidiariedad por parte de los Tribunales Superiores de Justicia del país, de manera de analizar los criterios empleados para determinar si un menor es susceptible o no de adopción.

Para realizar el presente análisis, me basaré en 20 sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia entre los años 2004 y 2015. De estas 20 resoluciones, 7 corresponden a fallos dictados por Cortes de Apelación, conociendo de recursos de apelación, y 13 se refieren a fallos dictados por la Corte Suprema, conociendo de Recursos de Casación.

Para efectos de orden, se expondrán los diversos criterios empleados por los Tribunales Superiores, en atención al rechazo o aceptación de la solicitud de susceptibilidad de adopción. Bajo los referidos

⁹⁹ CORRAL TALCIANI, H. (2002). *Adopción y filiación Adoptiva*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 67

¹⁰⁰ Chile. Corte Suprema. Rol 2705-2004. Fuente: Legal Publishing

critérios, se enumerarán las sentencias que han sido falladas conforme a ellos, especificando los hechos de la causa, la fundamentación empleada y la existencia de votos disidentes.

Finalmente, para otorgar mayor detalle de las sentencias estudiadas, los fallos analizados se acompañarán resumidos en fichas contenidas en los anexos 1 y 2 de este trabajo de investigación. Estas fichas se encuentran enumeradas y organizadas en orden cronológico (de más antigua a más reciente en atención a la fecha de dictación), para efectos de tener una mayor claridad de evolución que experimentaron los criterios jurisprudenciales.

1. FALLOS QUE RECHAZAN LA SOLICITUD DE SUSCEPTIBILIDAD DE ADOPCIÓN

A) No ser procedentes las causales de inhabilidad física o moral ni la falta de atención personal o económica del menor.

El primer criterio empleado por los Tribunales de Justicia para determinar la procedencia o improcedencia de susceptibilidad de adopción, corresponde a la inhabilidad, moral o física. Para la correcta interpretación de esta causal, los sentenciadores han establecido que la inhabilidad que aqueje a los progenitores, o al familiar que tenga el cuidado del menor, debe revestir el carácter de grave y permanente.

Las causales que consideran inhabilidad de los padres se enumeran en el artículo 42 de la ley de menores N°16.618. “(...) *para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:*

1° Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;

2° Cuando padecieren de alcoholismo crónico;

3° Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo:

4° Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;

5° Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;

6° Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al

menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;

7° Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.”

En conformidad a lo establecido, el carácter grave y permanente no se encuentra explícitamente señalado en la ley 19.620, en la ley 16.618, ni en el Código Civil. Estas características que debe contemplar la inhabilidad invocada, han sido interpretadas por la jurisprudencia y por la doctrina, en virtud de la aplicación del principio de subsidiariedad. Asimismo, se ha establecido que las inhabilidades netamente transitorias no configuran la causal de inhabilidad física o moral, ya que deben revestir cierta gravedad y ser de carácter irreversible.

En cuanto a la causal correspondiente a falta de recursos económicos, se ha establecido, que dicha causal por sí sola, no constituye fundamento suficiente. La interpretación de esta causal también se relaciona directamente con la aplicación del principio de subsidiariedad, ya que establece la preferencia de la familia biológica, aún en aquellas situaciones en que las condiciones económicas no permitan satisfacer las necesidades materiales del menor.

i. Corte de Apelaciones de Rancagua, Recurso de Apelación Rol 628-2005. Ficha N°2

Hechos: la causa comienza con la solicitud de declaración de adopción de dos menores por parte del SENAME. Fundamentan esta solicitud en la institucionalización prolongada de ambas niñas en un centro de acogida. Esta institucionalización prolongada se debe a que el padre de las menores se encontraba recluido en un centro penitenciario, y la abuela paterna no se encontraba en condiciones de asumir el cuidado de ambas niñas.

Ante estos hechos, el primer juzgado de letras de Rengo, decide acoger la solicitud y declara a ambas niñas susceptibles de adopción, tomando en consideración los antecedentes delictuales del padre y el tiempo que las menores había permanecido institucionalizadas, sin recibir atención personal o económica.

El padre de las menores decide interponer recurso de apelación, el cual es acogido por la Corte de Apelaciones de Rancagua, revocando la sentencia de primer grado, declarando que las menores en autos no son susceptibles de adopción.

Decisión y fundamentación: para llegar a esta conclusión, la Corte fundamenta que no se configuran las causales N° 1 y 2 del artículo 12, invocadas por la parte solicitante. Esto, ya que respecto a la primera

causal de inhabilidad física o moral, el juez sólo puede darla por acreditada en aquellos casos en que se trate de una inhabilidad grave y permanente, en virtud del principio de prioridad biológica. En el caso en cuestión, las menores cuentan con familia biológica, que corresponde a su padre y a su abuela paterna, respecto de los cuales no se acreditó inhabilidad física o moral, ya que al momento de iniciarse la causa, el padre se encontraba recluso cumpliendo condena, lo cual no lo convierte en una persona moralmente inhábil de manera permanente. Lo anterior, considerando la función rehabilitadora de la pena.

En cuanto a la causal de desatención personal y económica, se ha producido por necesidad, y en el caso específico del padre, por fuerza mayor, ya que al encontrarse cumpliendo condena le era imposible atender a las menores.

Voto disidente: esta decisión, fue adoptada con un voto disidente, fundamentado en que las causales invocadas se cumplen, ya que la abuela paterna pudiendo asumir el cuidado de sus nietas, no lo hizo; y por otra parte, considerando que la reclusión del padre se debe al cumplimiento de una pena, lo inhabilita moralmente. Es por esto, que el voto disidente considera que la forma de resguardar el interés superior de las niñas, es declarándolas susceptibles de adopción.

ii. Corte de Apelaciones de Concepción, Recurso de Apelación Rol 368-2010. Ficha N°3

Hechos: SENAME solicita la declaración de susceptibilidad de adopción de un menor, el cual ingresó al sistema residencial producto de una medida de protección dictada por el juzgado de familia de Coronel, por severa vulneración de sus derechos. Esta medida se tomó en conjunto con la intervención familiar que se debía realizar con el tío paterno del menor y su pareja, quienes corresponden a la familia biológica del menor. Dicha intervención se extendió por un plazo mayor del estipulado por el juzgado de familia, generando un prolongado tiempo de internación del menor.

Tomando en consideración estos hechos, el juzgado de familia de Concepción, decide rechazar la solicitud y declara que el menor no es susceptible de adopción, señalando que no se han agotado las instancias con la familia de origen.

SENAME decide interponer recurso de apelación, el cual es rechazado por la Corte de Apelaciones de Concepción, confirmando la sentencia de primer grado, la cual declara que el menor no es susceptible de adopción.

Decisión y fundamentación: la Corte de Apelaciones fundamenta su decisión de rechazar el recurso, argumentando que no se configuran las causales N° 1 y 2 del artículo 12.

En cuanto a la inhabilidad física invocada respecto del tío paterno (que junto a su pareja constituyen la familia de origen del menor en autos), se estimó que dicha inhabilidad de tipo física se debía a un accidente, lo cual la hacía de carácter temporal, transitoria, y no de carácter permanente, lo cual no era suficiente para dar por acreditada la causal del artículo 12 N°1.

Respecto la segunda causal invocada, se desprende de los antecedentes, la clara intención de su familia biológica de visitar al menor, cumpliendo con un nivel porcentual de 70%, justificando sus inasistencias únicamente por razones de índole económica. De esta manera, como establece la misma ley 19.620 en su artículo 12 N°2, la falta de recursos económicos no constituye causal suficiente para la declaración judicial de susceptibilidad de adopción.

Voto disidente: la decisión de la Corte de Apelaciones de Concepción se tomó de forma unánime, sin votos disidentes.

iii. Corte Suprema, Recurso de Casación en el Fondo Rol 8246-2015. Ficha N°10

Hechos: SENAME solicita la declaración de susceptibilidad de un menor, el cual ha permanecido internado desde su nacimiento en un centro proteccional. La internación se produjo producto de la internalización de la madre al momento del parto, la cual se encontraba en un centro, debido a la vulneración de sus derechos, asociado con abuso sexual con resultado de embarazo. La madre y tío materno del menor se oponen a la solicitud, señalando que el niño tiene un grupo familiar presente, el cual, en la medida de sus condiciones, se ha hecho cargo de su situación.

El Juzgado de Familia de Limache decide acoger la solicitud de susceptibilidad en primera instancia, decisión que es revocada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, conociendo de un recurso de apelación interpuesto por la familia biológica del menor.

Finalmente, el SENAME interpone recurso de casación en el fondo, el cual es rechazado por la Corte Suprema, confirmando que el menor de autos no es susceptible de adopción.

Decisión y fundamento: la Corte Suprema decide rechazar el recurso interpuesto, fundamentando que no se configura la causal N° 1 del artículo 12. De los antecedentes de la causa, se desprende la historia de vulneraciones de la madre del menor, quien debió ser internada a corta edad debido a vulneración de sus derechos, asociado a abuso sexual con resultado de embarazo. Razón por la cual, el menor debió ser trasladado a un hogar para ser cuidado, al momento del parto.

Que tanto la madre como la abuela materna han sido objeto de múltiples intervenciones para habilitarlas en sus competencias parentales. Sin embargo, los sentenciadores concluyeron que no se probó la causal

del artículo 12 N°1, ya que no existe una inhabilidad de tipo moral que afecte a la madre, ya que pese a su historia vital y familiar, y a tener dificultades para desarrollar roles protectores, no significa que no los posea del todo. De manera, que mediante intervenciones adecuadas y oportunas, se permite establecer la existencia de elementos que permiten esperar una mejora en sus aptitudes parentales de madre.

Voto disidente: la decisión de la Corte Suprema se tomó de forma unánime, sin votos disidentes.

B) Ánimo manifiesto de desligarse de sus obligaciones legales

Un segundo criterio que emplean los Tribunales para determinar la procedencia o improcedencia de una susceptibilidad de adopción, corresponde al ánimo manifiesto de los padres (o quien tenga al menor bajo su cuidado), de desligarse de sus obligaciones legales.

Bajo este criterio, la jurisprudencia ha otorgado vital importancia a la negativa u oposición de quien tenga el cuidado del menor, para efectos de determinar si declarar al menor adoptable.

En conformidad al artículo 12 n°3 de la ley de adopción debe existir un ánimo manifiesto por parte de los padres, de desligarse de sus obligaciones legales, lo que no ocurre en algunas de las sentencias analizadas, ya que, por el contrario, los padres se oponen judicialmente a que los menores sean declarados susceptibles de adopción.

Sin embargo, esta negativa judicial, pocas veces va acompañada de una verdadera intención de rehabilitarse o de desarrollar habilidades parentales. Lo que implica una institucionalización prolongada del menor, sin que existan avances en las aptitudes parentales. Generando, por consiguiente, la permanencia indefinida del menor en el centro de acogida.

i. Corte Suprema, Recurso de Casación en el Fondo Rol 29568-2014. Ficha N°7

Hechos: SENAME solicita la declaración de susceptibilidad de adopción de un menor, el cual ingresó al sistema residencial producto de una medida de protección dictada por el juzgado de familia de Valdivia, por severa vulneración de sus derechos.

La madre del menor, su abuela materna y su tío paterno, se oponen a esta solicitud, y se someten a informes periciales, los cuales coinciden en señalar que el niño debe ser declarado susceptible de adopción. Por otra parte, la madre presenta consumo problemático de alcohol y drogas, adicciones a las cuales se ha sometido voluntariamente a tratamientos.

En atención a estos hechos, el juzgado de familia de Valdivia decidió rechazar la solicitud efectuada por SENAME, la

cual fue confirmada posteriormente por la Corte de Apelaciones de Valdivia, conociendo de un recurso de apelación. Posteriormente, SENAME decide interponer recurso de casación en el fondo, el cual es rechazado por la Corte Suprema, confirmándose de ésta manera la negativa de declarar susceptible de adopción del menor en autos.

Decisión y fundamento: la Corte Suprema fundamenta su decisión de rechazar el recurso, argumentando que no se configuran las causales N° 1 y 2 del artículo 12. Respecto de la primera causal invocada por la parte solicitante, la madre del menor está consciente de su adicción a las drogas y el alcohol, razón por la cual, se ha sometido voluntariamente a un tratamiento de larga data, lo que a juicio de los sentenciadores demuestra su intención de cambiar.

En cuanto a la segunda causal invocada, relativa al “hecho objetivo de abandono”, los jueces ponderaron la situación de adicción de la madre y su proceso de adaptación al tratamiento, entendiendo que la ausencia de visitas del niño en su período de internación encontraba una causa justificable.

Finalmente, los sentenciadores ponderaron el hecho que el tío paterno del menor cuenta con un grupo familiar estable, y aun que carecen de vinculación con el niño, están dispuestos a trabajar en los programas que sean necesarios para integrarlo a su familia.

Voto disidente: este fallo fue dictado con dos votos disidentes, quienes consideraron que efectivamente se incurre en un error de derecho al interpretar la causal contenida en el artículo 12 N° 1 de la ley, ya que los hechos establecidos dan cuenta de la inhabilidad de los padres, sin que la evolución experimentada por la madre en el último tiempo sea suficiente para desvirtuarla, de manera que de haberse aplicado correctamente las norma y el principio de interés superior del niño, se debería haber acogido la solicitud.

ii. Corte de Apelaciones de Rancagua, Recurso de Apelación Rol 21525-2004. Ficha N°1

Hechos: el Centro de Protección de Menores de Quinta de Tilcoco solicita que un menor sea declarado susceptible de adopción, tomando en consideración que el menor se encuentra institucionalizado en este centro de acogida, producto de haber sido encontrado en situación de peligro físico y moral cuando vivía con su madre.

Se desprende de los hechos, que el menor presentaba pésimas condiciones de higiene y vestimenta, debiendo ser alimentado por vecinos. La madre presentaba consumo problemático de alcohol, situación que se traducía en que desapareciera por días, sin velar por el cuidado del menor. Sin embargo, conforme a los señalado en el libro de visitas del centro de acogida, la madre visita regularmente al menor,

manifestando su intención de relacionarse con él, no estando de acuerdo con su susceptibilidad de adopción.

En atención a estos hechos, el juzgado de menores de Rancagua decide acoger la solicitud presentada por el Centro de Protección de Menores de Quinta Tilcoco; decisión que es revocada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, quien conociendo del recurso de apelación interpuesto por la madre, decide que el menor no es susceptible de adopción, pese a decretar que se mantenga la medida de protección en contra de la recurrente.

Decisión y fundamento: para llegar a la conclusión de rechazar el recurso, la Corte de Apelaciones fundamenta que no se configura la causal contenida en el N° 3 del artículo 12. De los antecedentes en autos, se desprende que el menor debió ser ingresado a un centro de protección debido a la situación de peligro físico y moral en que se encontraba, producto del alcoholismo que sufre la madre.

En cuanto a la adicción de la madre, se señala que no tiene ningún interés en someterse a un tratamiento, y que no ha mejorado las precarias condiciones en que vive con su familia. Manteniendo de esta forma, un entorno familiar de extrema pobreza, hacinamiento y promiscuidad. Sin embargo, la madre a visitado regularmente al menor, y nunca ha manifestado su voluntad de entregarlo en adopción, razón por la cual no se configuraría la causal contenida en el n°3 del artículo 12, ya que no se ha demostrado el ánimo manifiesto que exige la ley para declararlos susceptible de adopción.

Voto disidente: la decisión de la Corte de Apelaciones de Apelaciones se tomó de forma unánime, sin votos disidentes.

C) No haberse acreditado la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor en su familia de origen.

Un tercer criterio empleado por la jurisprudencia para la determinación de la susceptibilidad de adopción, corresponde a la imposibilidad de la permanencia del menor en su familia de origen. El artículo 15 de la ley de adopción, establece el deber del juez de familia de constatar “*la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del mismo en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él.*”

Esta norma tiene especial relación con el artículo 1 de nuestra Constitución, que establece el deber del Estado de dar protección a la familia y propender al fortalecimiento de ésta. Asimismo, se relaciona con el artículo 21 de la CIDN, el cual señala el deber de los Estados Partes de hacer todos los esfuerzos para

brindar apoyo a las familias biológicas, de modo que sean capaces de mantener a sus hijos y así puedan desarrollarse en el medio familiar que los vio nacer, y en especial con sus padres.

Por consiguiente, los sentenciadores otorgan especial énfasis en acreditar la circunstancia de haberse agotado todas las posibilidades e instancias que permitieran la permanencia del menor en su familia de origen, existiendo una clara preferencia por ésta, garantizando la aplicación del principio de subsidiariedad.

i. Corte Suprema, Recurso de Casación en el Fondo Rol 1958-2011. Ficha N°4

Hechos: SENAME solicita la declaración de susceptibilidad de adopción de un menor, el cual ingresó al sistema residencial producto de una medida de protección dictada por el juzgado de familia de Calama, por severa vulneración de sus derechos. Ante esta situación, la abuela materna decide trasladar su residencia a Chile, de manera de poder visitar diariamente al menor, y así, poder asistir a todas las instancias judiciales del proceso de susceptibilidad.

Tomando en consideración estos hechos, el juzgado de familia de Calama, decidió acoger la solicitud del SENAME, declarando al menor de autos susceptible de adopción, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones.

Finalmente, la abuela del menor, interpone recurso de casación en el fondo, el cual es acogido por la Corte Suprema, dictando sentencia de reemplazo, en la que declaran que el menor no es susceptible de adopción

Decisión y fundamento: para llegar a esta conclusión, la Corte Suprema fundamenta que no se da cumplimiento a la obligación de agotar las instancias en la familia de origen, contemplada en el artículo 15 inciso 2 de la ley 19.620. Argumenta la decisión, señalando que el menor ha sido declarado de ser susceptible de ser adoptado, pese a que un miembro de su familia biológica -en este caso es la abuela materna- se ha opuesto a la petición de susceptibilidad.

En consecuencia, la Corte Suprema considera que no se agotaron todas las instancias para la permanencia del menor en su familia biológica, ya que desconocieron el comportamiento constante de la opositora en orden a hacerse cargo de sus responsabilidades parentales. Así como también, desconocieron el hecho de que ella inició una oposición judicial al procedimiento de susceptibilidad, además de haberse trasladado a vivir permanentemente a Chile, para efectos de poder acudir a las instancias judiciales suscitadas y poder mantener un contacto diario con el niño.

Sin embargo, se le negó constantemente un proceso de vinculación futura con su nieto, fundamentado por un posible consumo de drogas, que la propia sentencia impugnada no fue clara en establecer, descartando su habitualidad, sin atender a las potencialidades que la figura de la abuela materna puede significar para el desarrollo del niño.

Voto disidente: la decisión de la Corte Suprema fue acordada con un voto disidente, quien fundamentó esta postura, atendidas la precariedad y falencias de la familia biológica del menor, en particular de su abuela materna, de quien se ha informado que no se erige como un ente protector estable, y a cuyo respecto no se descarta consumo de drogas.

ii. Corte de Apelaciones de Concepción, Recurso de Apelación Rol 549-2013. Ficha N° 5

Hechos: SENAME solicita la declaración de susceptibilidad de adopción de dos menores, las cuales ingresaron al sistema residencial producto de una medida de protección dictada por el juzgado de familia de Concepción, por severa vulneración de sus derechos.

El único opositor a la declaración de susceptibilidad, es el padre de las menores, quien presenta consumo problemático de alcohol. El progenitor ha buscado rehabilitar su adicción mediante tratamientos ambulatorios, sin tener éxito. En cuanto a su situación económica, es precaria, por lo que debe vivir de allegado en el domicilio de sus padres. Además, según consta en el libro de visitas de la institución en que se encuentran las dos menores, el padre las visita regularmente, asistiendo una vez a la semana.

Tomando en consideración estos hechos, el juzgado de familia de Concepción, decidió acoger la solicitud interpuesta por el SENAME, declarando susceptibles de adopción a ambas niñas. En razón de lo anterior, el padre de las menores interpone recurso de apelación, el cual es acogido por la Corte de Apelaciones de Concepción, revocando la sentencia de primer grado.

Decisión y fundamento: para llegar a la conclusión de acoger el recurso, la Corte de Apelaciones fundamenta su decisión en que no se da cumplimiento a la obligación de agotar las instancias en la familia de origen, contemplada en el artículo 15 inciso 2 de la ley 19.620. De los antecedentes, se desprende que el padre de las niñas se muestra desesperado, señalando que está dispuesto a realizar todo lo que sea necesario para tener nuevamente a sus hijas a su lado.

Además, como lo señala la propia institución, el padre asiste de manera constante, y una vez por semana, a visitar a sus hijas, y por otra parte, se estaría sometiendo de manera voluntaria un tratamiento ambulatorio, para ser tratado por su consumo de alcohol.

En virtud de estos antecedentes, la Corte de Apelaciones concluye, que a pesar de existir carencias en la familia de las menores, existe un miembro de su familia, su padre, quien a pesar de sus dificultades desea tener la protección y cuidado de dichas niñas.

De esta manera, los hechos, y particularmente el marco jurídico vigente a propósito de la adopción, no procede ningún tipo de declaración que tienda a modificar el contexto familiar de las niñas, ya que no se ha verificado el extremo de la imposibilidad de mantenerlas dentro de su familia de origen, a pesar de las citadas deficiencias, ya que, como se señaló, es el Estado quien debe propender al fortalecimiento del grupo a través de acciones concretas tendientes a procurarles las herramientas necesarias para que ejerzan el cuidado de sus miembros.

Voto disidente: la decisión adoptada por la Corte de Apelaciones de Concepción, es de forma unánime, sin votos disidentes.

iii. Corte Suprema, Recurso de Casación en el Fondo Rol 30315-2014. Ficha N° 8

Hechos: el juzgado de familia de Viña del Mar, inicia de oficio causa de susceptibilidad de adopción de un menor. De los hechos se desprende que el niño debió ingresar al hogar Mi Familia, producto de una medida de protección decretada por el mismo juzgado de familia, producto de grave vulneración de sus derechos.

La medida de protección se estableció por un plazo de seis meses, con posibilidad de prórroga, con la finalidad de obtener información de las visitas efectuadas por la madre, y el vínculo de apego y adherencia que desarrollara con el menor. Tres meses después de haberse decretado la medida, el juzgado de familia de Viña del Mar, inicia de oficio la declaración de susceptibilidad, fallando que es procedente, decisión que es confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Ante la situación señalada, la madre del menor decide interponer recurso de casación en el fondo, el cual es acogido por la Corte Suprema, quien anula el fallo y dicta sentencia de reemplazo, declarando que el menor en autos no es susceptible de adopción.

Decisión y fundamento: para llegar a esta conclusión, la Corte Suprema fundamenta que no se da cumplimiento a la obligación de agotar las instancias en la familia de origen, contemplada en el artículo 15 inciso 2 de la ley 19.620. Lo anterior, ya que en conformidad a los medios de prueba aportados en el proceso, se permitió acreditar una evolución por parte de la madre, quien realizó múltiples cambios en sus actitudes parentales: visitando regularmente al menor en el hogar, en la medida que su empleo se lo permitía; desarrollando una red de apoyo con disposición en el acompañamiento de la crianza del niño (su cónyuge y suegra); y manifestando su intención de reorganizarse en función de la satisfacción de las

necesidades del menor de manera concreta, al adherir a programas para fortalecer sus habilidades como madre.

En atención a estos antecedentes, la Corte Suprema decide acoger el recurso, fundamentado que no se han agotado las instancias para permitir la permanencia del menor con su madre. La Convención Internacional de los Derechos del Niño consagra la primacía de la familia de origen, pues en el artículo 7.1 establece que el niño tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; en los artículos 8.1 y 9.1, respectivamente, consagra el compromiso que los Estados Partes asumieron en orden a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, y a velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

Finalmente, el artículo 21 de la CIDN en concordancia con el artículo 1 de nuestra Constitución, establece la obligación de los Estados Partes a hacer todos los esfuerzos para brindar apoyo a las familias biológicas, de modo que sean capaces de mantener a sus hijos y así puedan desarrollarse en el medio familiar que los vio nacer, y en especial con sus padres.

Voto disidente: la decisión de la Corte Suprema, fue acordada con dos votos disidentes, quienes fundamentaron que no se quebrantó la disposición de la ley, en la medida que se asentó como hecho de la causa la incompetencia parental de la madre, sin haberse vulnerado la obligación de haberse agotado todas las instancias al interior de la familia de origen.

iv. Corte Suprema, Recurso de Casación en el Fondo Rol 6904-2015. Ficha N°9.

Hechos: la madre biológica del menor de autos y su cónyuge, solicitan al juzgado de familia de Puerto Montt, que el niño sea declarado susceptible de ser adoptado; solicitud a la cual se opone el padre biológico del menor.

De los hechos se desprende que los solicitantes han asumido el cuidado del menor por varios años, ya que el padre biológico no ha manifestado interés en intervenir ni participar en la crianza del menor. Debiendo asumir el cónyuge de la madre biológica todos los deberes parentales, entre los que se enumera, asumir el rol de apoderado del colegio, incorporarlo en su plan de salud y modificar su apellido en gestión judicial voluntaria. Adicionalmente, el menor en autos ha manifestado su deseo de ser adoptado por el cónyuge de su madre, teniendo pleno conocimiento de su historia de vida y la existencia de familia paterna biológica.

Tomando en consideración estos hechos, el juzgado de familia de Puerto Montt, rechazó la solicitud; decisión que fue revocada por la Corte de Apelaciones de la misma ciudad, quien conociendo del recurso

de apelación interpuesto por los solicitantes en conjunto con el SENAME, decidió declarar susceptible de adopción al menor. Finalmente, el padre biológico dedujo recurso de casación en el fondo, el cual fue acogido por la Corte Suprema, anulando la sentencia recurrida, y dictando sentencia de reemplazo, en la cual se establecía que el menor de autos no era susceptible de adopción.

Decisión y fundamento: la Corte Suprema fundamenta su decisión de acoger el recurso, en virtud de la infracción del artículo 12 n°1 de la ley de adopción. Lo anterior, ya que los sentenciadores estimaron que se pasaron por alto en el proceso, las pruebas que acreditan una constante preocupación y ánimo de vinculación del padre por el cuidado y crianza del hijo.

Este interés se revela mediante actos positivos, como el ofrecimiento voluntario del pago de alimentos a favor del hijo, y el interés de mantener una relación con él, lo cual se veía impedido por motivos geográficos, dado la distancia por motivos laborales del padre.

Voto disidente: esta decisión fue adoptada con un voto disidente, fundamentado en el principio de autonomía progresiva del menor, consagrada en la CDN, ya que en la especie, el adolescente que es objeto de los autos manifestó claramente su voluntad de ser adoptado por quien considera su verdadero padre, lo que teniendo en consideración su interés superior no debería ser desatendido.

D) Existencia de una familia extensa del menor en condiciones de asumir su cuidado.

Un último criterio empleado por los Tribunales para decidir acerca de la susceptibilidad de un menor, corresponde a la existencia de una familia extensa. Este criterio constituye una clara aplicación del principio de subsidiariedad. Lo anterior, ya que en aquellos casos en que los progenitores del menor no se encuentran en condiciones de asumir su cuidado, se debe proceder a realizar una investigación de toda la familia extensa. Esta búsqueda tiene por finalidad conocer la existencia de algún miembro de la familia, que cuente con las habilidades necesarias, y tenga interés en asumir el cuidado personal del menor.

En conformidad con este criterio, el concepto de familia biológica no se limita a la familia directa del menor (padre, madre, abuelos), sino que debe interpretarse de una manera amplia, siendo procedente la familia extensa del niño o niña.

i. Corte Suprema, Recurso de Casación en el Fondo Rol 6621-2013. Ficha N° 6

Hechos: SENAME solicita la declaración de susceptibilidad de adopción de un menor, el cual ingresó al sistema residencial producto de una medida de protección dictada por el juzgado de familia de Viña del Mar, por severa vulneración de sus derechos.

Según se desprende de los hechos, el menor estuvo internado en sistema residencial por más de dos años, época en que no mantuvo régimen comunicacional con su madre, producto de la negligencia de ésta. En cuanto a la bisabuela del menor, única opositora a la declaración de susceptibilidad, habría visitado continuamente al menor, hasta el momento en que le fue denegada esta posibilidad, pese a lo cual continuó aportando materialmente a la institución en que se encontraba su bisnieto.

Tomando en consideración estos hechos, el juzgado de familia de Viña del Mar, decidió rechazar la solicitud del SENAME, declarando que el menor no es susceptible de ser adoptado, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Finalmente, el SENAME interpone recurso de casación en el fondo, el cual es rechazado por la Corte Suprema, confirmando la sentencia recurrida, que declara que el menor en autos no es susceptible de adopción.

Decisión y fundamento: para llegar a esta conclusión, la Corte Suprema argumenta que no se da cumplimiento a la obligación de investigar la existencia de algún miembro de la familia del menor, que se encuentre en condiciones de asumir su cuidado. Lo anterior, en atención a la constante oposición de la bisabuela del menor y a su asistencia material al hogar residencial donde se encuentra el niño. Además, se establece que la bisabuela cuenta con los recursos materiales y morales necesarios para hacerse cargo del menor.

En virtud de lo expuesto, la Corte estima que debe agotarse la posibilidad de que la familia origen del niño pueda proporcionarle los cuidados necesarios, siendo la adopción a última posibilidad de hogar. Por lo tanto, en considerando a que la familia extensa, representada por la bisabuela, cuenta con los medios materiales y morales para hacerse cargo del menor, y que su inactividad procesal se debió a la suspensión del régimen comunicacional de la madre y por la negativa del tribunal de permitirle se comunicara con su bisnieto; es que no es procedente la declaración de susceptibilidad.

Voto disidente: la decisión de la Corte Suprema, fue acordada con un voto disidente, quien estimó acoger el recurso, fundamentando en la evidenciada carencia de la oponente de las destrezas parentales necesarias para hacerse cargo del menor, ya que no posee las capacidades ni la voluntad de obtener algún grado de capacitación, en los niveles necesarios para cuidar y educar a su bisnietas, tomando además en consideración, la formación permisiva y negligente que tuvo respecto de su propia hija, la madre del menor.

2. FALLOS QUE ACOGEN LA SOLICITUD DE SUSCEPTIBILIDAD DE ADOPCIÓN

A) Principio del Interés Superior del Niño

El primer criterio empleado por los Tribunales Superiores de Justicia, corresponde a la aplicación del principio del interés superior del niño para analizar cada caso en particular. La aplicación de este principio es de vital importancia, ya que en diversos escenarios se puede presentar una colisión de derechos. Un ejemplo de lo anterior, es la pugna que existe entre el derecho de un menor de vivir con su familia de origen, y el derecho de vivir en un ambiente libre de todo maltrato y abuso, bajo el cuidado de personas capacitadas.

De esta manera, los sentenciadores, al momento de determinar si es procedente o no la declaración de susceptibilidad de un menor, junto con aplicar debidamente el principio de subsidiariedad, deben considerar siempre el interés superior del menor. Este último principio, pese a ser un concepto jurídicamente indeterminado y de contornos imprecisos, aparece delimitado por las circunstancias de cada caso en particular, y en la especie, por aquello que resulte ser lo más aconsejable para asegurar la protección de los derechos fundamentales del menor.

i. Corte Suprema, Recurso de Casación en el Fondo Rol 2709-20122. Ficha N°16.

Hechos: SENAME solicita la declaración de susceptibilidad de adopción de una menor, la cual ingresó al sistema residencial producto de una medida de protección dictada por el juzgado de familia de Talcahuano, producto de una severa vulneración de sus derechos.

De los hechos se desprende, que la menor lleva más de un año internada en el Hogar Medalla Milagrosa. Esta medida se decretó debido a la exposición de la niña a constantes situaciones de vulneración, producto del cuidado negligente que le proporcionaba su madre. La progenitora presenta trastornos psicóticos y consumo problemático de alcohol. Por su parte, el padre de la menor, falleció en el año 2007.

En atención a los hechos, el juzgado de familia de Talcahuano decide rechazar, en primera instancia, la solicitud efectuada por el SENAME, negando la declaración de susceptibilidad de la menor. Esta decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción, fallando un recurso de apelación. Finalmente, la parte solicitante, interpone recurso de casación en el fondo, el cual es acogido por la Corte Suprema, anulando el fallo recurrido y dictando sentencia de reemplazo, en la cual declara que la menor de autos es susceptible de adopción.

Decisión y fundamento: la Corte Suprema decide acoger el recurso, fundamentando la configuración de la causal de inhabilidad física y moral, contenida en el artículo 12 n°1 de la ley de adopción. Los antecedentes de la causa establecen que la menor en autos debió ser ingresada a un hogar, dado el inminente peligro moral y material al que se encontraba expuesta, fundado en el cuidado negligente por

parte de su madre, quien tiene problemas de salud mental que no ha abordado debidamente, además de tener un consumo problemático de alcohol.

Por otra parte, se agrega que el fallecimiento del padre, y que respecto de los dos hermanos mayores de la niña, no se ha demostrado su capacidad para ejercer su debido cuidado, ni han manifestado un interés en asumirlo.

Es por esto, que los sentenciadores han señalado que se configura la causal del artículo 12 N°1 de la ley, ya que la madre de la niña no cuenta con las habilidades para asumir su cuidado, y que ha incurrido en situaciones de grave abandono.

Agregan además, que si bien el principio de subsidiariedad y prioridad biológica constituyen principios basales en materia de adopción, se ha corroborado en el caso en particular, que se han realizado todos los esfuerzos posibles para que la menor se mantenga con su familia de origen, los cuales no han tenido éxito, debido la demostrada incapacidad de la madre, y la falta del debido interés por parte de los hermanos mayores.

Voto disidente: La Corte Suprema acuerda la decisión de acoger el recurso, sin voto disidente.

ii. Corte Suprema, Recurso de Casación en el Fondo Rol 31946-2014. Ficha N°17.

Hechos: Hogar de Niñas Inés Riesco Llona solicita la declaración de susceptibilidad de adopción de una menor, la cual ingresó al sistema residencial producto de una medida de protección dictada por el segundo juzgado de familia de San Miguel, producto de severa vulneración en sus derechos.

De los hechos se desprende que la niña en autos ingresó al hogar porque se verificaron graves negligencias en su cuidado por parte de su madre. También, se señala que la madre carece de medios económicos y habitacionales, y que padece de un trastorno límite de personalidad, de prognosis negativa. En cuanto a las vistas de la madre al centro proteccional, se señala que la menor ha permanecido institucionalizada por más de cinco años, tiempo en el cual ha asistido de manera irregular a ver a su hija, siendo visitas de baja calidad, en las cuales no se logra vislumbrar apego y vinculación afectiva.

Respecto de la familia extensa de la menor, se señala que ninguno ha sido capaz de comprometerse de manera incondicional, siendo la niña sometida a constantes abandonos, considerando el grave daño emocional que ello conlleva.

En atención a los hechos, es que el primer juzgado de familia de Santiago, decidió acoger la solicitud de susceptibilidad de adopción de la menor, decisión que fue revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago, declarando que la menor no es susceptible de ser adoptada.

Ante esta situación, el hogar en que se encuentra la menor, decide interponer recurso de casación en el fondo, el cual es acogido por la Corte Suprema, anulando el fallo recurrido y dictando sentencia de reemplazo, en la cual declara que la menor de autos es susceptible de adopción.

Decisión y fundamento: la Corte Suprema llega a esta conclusión fundamentando que en conformidad a la inhabilidad física y moral de la progenitora, corresponde adoptar la decisión que resulte más favorable para la menor, en atención a su interés superior.

Señalan, que en atención al trastorno psicológico que padece la progenitora; sus visitas irregulares y de baja calidad; los antecedentes penales de su actual pareja; y la falta de interés por parte de ella y de la familia extensa de la menor por relacionarse con ésta, es que los sentenciadores establecen que se satisfacen ampliamente los presupuestos fácticos previstos por el artículo 12 N°1 de la ley, ya que se encuentra demostrada la inhabilidad de la madre, y la falta de compromiso por parte de la familia extensa de la menor.

Voto disidente: esta decisión fue tomada con un voto disidente, fundamentado en que desde la perspectiva del carácter subsidiario de la adopción, es absolutamente necesario considerar que la niña puede ser acogida por su madre, la que ha manifestado su interés y ha demostrado tener habilidades parentales para hacerse cargo de ella, como lo ha hecho con sus otros hijos que tiene bajo su cuidado, pese a la existencia de medidas de protección a favor de éstos.

iii. Corte Suprema, Recurso de Casación en el Fondo Rol 4059-2010. Ficha N°13.

Hechos: SENAME solicita la declaración de susceptibilidad de adopción de una menor, la cual ingresó al sistema residencial producto de una medida de protección dictada por el tercer juzgado de familia de Santiago, por severa vulneración de sus derechos.

De los antecedentes se desprende que la menor en autos ha debido permanecer institucionalizada por más de dos años, debido al riesgo social y grave vulneración de derechos al cual se encontraba expuesta bajo el cuidado de su madre, situación ante la cual se debió disponer medida de protección. En cuanto al padre de la menor, los abuelos, y miembros de familia extensa, se les aplicó el apercibimiento del artículo 14 de la ley de adopción, producto de su incomparecencia a las instancias judiciales.

Tomando en consideración estos hechos, el primer juzgado de familia de Santiago, decidió rechazar la solicitud presentada por el SENAME, decisión que fue revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago, declarando que la menor de autos si era susceptible de ser adoptada.

Ante esta situación, la madre de la menor interpone recurso de casación en el fondo, el cual es rechazado por la Corte Suprema, confirmando la sentencia recurrida, en la cual declara que la menor de autos es susceptible de adopción.

Decisión y fundamento: para llegar a esta conclusión, la Corte Suprema fundamenta su decisión en que no existió la infracción alegada por la parte recurrente, configurándose la causal contenida en el artículo 12 n°2 de la ley de adopción.

Los sentenciadores consideraron que se permite tener por acreditado el presupuesto del N°2 de la citada norma legal, puesto que la madre de la niña (única opositora a su declaración de susceptibilidad), ha demostrado total despreocupación por la niña, quien ha permanecido institucionalizada por más de dos años, sin que la madre muestre avances que permitan establecer la posibilidad de que en el futuro la niña esté bajo su cuidado; lo que se contradice totalmente con la voluntad que manifestó en el proceso de mantener vínculo con ella. Estiman además, que en virtud del interés superior de la niña, es que es aconsejable que se le permita acceder a una familia que la proteja y posibilite su legítimo desarrollo, lo que no ha sido posible al lado de sus progenitores.

Voto disidente: la decisión de la Corte Suprema fue acordada sin voto disidente.

iv. Corte de Apelaciones de Talca, Recurso de Casación en la Forma con Apelación en subsidio Rol 186-2011. Ficha N°15.

Hechos: SENAME solicita declaración de susceptibilidad de adopción de dos menores, quienes debieron ingresar a un centro proteccional, producto de una medida de protección, dictada por el juzgado de familia de Talca.

En conformidad a los informes emitidos por los profesionales del centro de protección, se han agotado todas las instancias tendientes a que las menores puedan permanecer bajo el cuidado de sus progenitores, o de su familia extensa. A mayor abundamiento, la madre de las menores señala en audiencia de juicio que acepta la solicitud de susceptibilidad, ya que no cuenta con las condiciones necesarias para hacerse cargo de las niñas.

Sin embargo, el padre, único opositor de la medida, se niega a la declaración pese a reconocer que ejercía violencia intrafamiliar cuando vivía con las niñas y su progenitora; además de señalar que no tiene un lugar donde recibir a las menores, ni cuenta con un adulto que las cuide mientras él trabaja. Conforme a los antecedentes, el padre presenta consumo problemático de alcohol, drogas, alto grado de agresividad, antecedentes penales por riña con arma blanca, y actualmente tiene suspendida la relación directa y regular con las menores, debido a situaciones abusivas que realizaba durante sus visitas.

En atención a estas circunstancias, es que el juzgado de familia de Talca, decide acoger decide acoger la solicitud presentada por el SENAME, declarando susceptibles de adopción a ambas menores. Ante esta situación, el padre de las menores interpone recurso de casación en la forma con apelación en subsidio. Finalmente, la Corte de Apelaciones de Talca decide rechazar ambos recursos.

Decisión y fundamento: la Corte decide rechazar la apelación, en virtud de los antecedentes de violencia intrafamiliar que presenta el padre de las niñas, así como su consumo problemático de drogas y alcohol, y sus antecedentes penales por riña con arma blanca.

Sumado a todo lo anterior, se considera la suspensión de la relación directa y regular con las menores por orden del juzgado de familia de Talca, debido a que las niñas han manifestado situaciones abusivas realizadas por el padre durante las visitas que les efectuaba al Hogar Club de Leones. Es por todos estos antecedentes, que los sentenciadores estiman que se configuran las causales contempladas en el artículo 12 N° 1, 2 y 3, dado que la situación de descuido y desamparo es irreversible, por cuanto se da, en este caso, el supuesto que la doctrina denomina “adoptabilidad por desamparo”.

Voto disidente: la decisión adoptada por la Corte de Apelaciones, es acordada de manera unánime, sin votos disidentes.

B) Haberse acreditado la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor en su familia de origen.

Conforme a lo señalado anteriormente, un criterio empleado por la jurisprudencia para la determinación de la susceptibilidad de adopción, corresponde a la imposibilidad de la permanencia del menor en su familia de origen.

El artículo 15 de la ley de adopción, establece el deber del juez de familia de constatar “*la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del mismo en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él.*”

Por lo tanto, los sentenciadores otorgan especial énfasis en acreditar la circunstancia de haberse agotado todas las posibilidades e instancias que permitieran la permanencia del menor en su familia de origen – como ocurre en los fallos que se señalarán-, existiendo una clara preferencia por la familia biológica, en conformidad con la aplicación del principio de subsidiariedad.

i. Corte Suprema, Recurso de Casación en el Fondo Rol 3249-2008. Ficha N°12.

Hechos: Juzgado de Familia de Punta Arenas inicia de oficio procedimiento de susceptibilidad de adopción respecto de un menor, causa a la que se acumula la solicitud del director regional del SENAME,

respecto del hermano de dicho menor. Ambos se encuentran viviendo en residencias de acogida, producto de medidas de protección.

De los antecedentes se desprende que la madre de ambos menores no se encuentra capacitada para otorgar un debido cuidado y bienestar a sus hijos, careciendo de habilidades parentales, y requiriendo de un adulto responsable que la ayude constantemente en su rol materno y en el tratamiento psiquiátrico y psicológico al cual debe someterse.

El referente más cercano que podría asumir esta responsabilidad, respecto de la madre y de los menores, es la abuela materna de la madre, la cual sin embargo, ha demostrado un negligente y deficiente cuidado.

En consideración a estos hechos, es que el juzgado de familia de Punta Arenas, decide acoger la solicitud, declarando que ambos menores son susceptibles de adopción. Esta decisión es confirmada por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas.

Ante esta situación, la madre de los menores decide interponer recurso de casación en el fondo, el cual es rechazado por la Corte Suprema, confirmando la sentencia recurrida, en la cual declara que los menores de autos son susceptibles de adopción.

Decisión y fundamento: para llegar a esta conclusión, la Corte Suprema fundamenta su decisión en que no se infringió la ley alegada por la parte recurrente, ya que se logró acreditar debidamente, la obligación del Estado de agotar todos los medios para la permanencia de los menores en su familia de origen.

Los sentenciadores estiman haber agotado todas las instancias en la familia de origen, ya que tanto los padres de los menores, como la figura familiar más cercana, constituida por su bisabuela materna de los menores, se encuentran inhabilitados para ejercer el cuidado de ellos. Esto, tomando en consideración las historias vitales de estos familiares, y teniendo en cuenta el tiempo que han debido permanecer institucionalizados los menores, en el cual la familia de origen no ha demostrado cambios conductuales, muy por el contrario, ha aparecido que el factor temporal ha acrecentado la inestabilidad tanto emocional como económica de ellos.

Voto disidente: la Corte Suprema adoptó la decisión de rechazar el recurso, sin voto disidente alguno.

ii. Corte Suprema, Recurso de Casación en el Fondo Rol 1831-2014. Ficha N°18.

Hechos: SENAME solicita la declaración de susceptibilidad de adopción de dos menores, las cuales ingresaron al sistema residencial producto de una medida de protección dictada por el juzgado de familia de Rengo, por severa vulneración de sus derechos.

Los antecedentes revelan que las dos menores ingresaron a muy corta edad al sistema proteccional junto a sus hermanos, producto de graves negligencias por parte de ambos padres. Posteriormente, todos los menores egresaron del sistema a solicitud de la abuela materna, quien debió desistirse del proceso de integración, por verse sobrepasada con la conducta de los niños, y por la existencia constante de episodios de violencia por parte de su hija, la progenitora de las menores, en contra de sus nietas. Producto de esta situación, es las menores debieron ser reingresadas al sistema proteccional, en el cual se han mantenido ininterrumpidamente por años.

En atención a estos hechos, es que el juzgado de familia de Rengo, decide acoger la demanda interpuesta por la parte solicitante, declarando susceptibles de adopción a ambas menores. Esta decisión es confirmada por la Corte de Apelaciones de Rancagua.

Ante esta situación, la abuela materna, única opositora a la declaración, interpone recurso de casación en el fondo, el cual es rechazado por la Corte Suprema, confirmando la sentencia recurrida, en la cual declara que las menores de autos son susceptibles de adopción.

Decisión y fundamento: para llegar a esta conclusión, la Corte establece que no existe la infracción alegada por la parte recurrente, dado que sí se configura la causal contenida en el artículo 12 n°1 de la ley de adopción. Lo anterior, ya que los sentenciadores estimaron que se acreditó que la abuela materna no se encuentra en condiciones de asumir responsablemente el cuidado de las niñas, por carecer de habilidades mínimas y de capacidad empática, exponerlas a situaciones de riesgo por la relación de violencia intrafamiliar que mantiene con la madre.

Voto disidente: esta decisión fue adoptada con dos votos disidentes, quienes fundaron su opinión en el principio de subsidiariedad, señalando que existe un miembro de la familia de origen de las menores, su abuela materna, que se encuentra en condiciones de asumir su cuidado. Esto, en virtud de que anteriormente las menores estuvieron bajo su cuidado, y si bien esa medida no prosperó, se debió a que se vio sobrepasada al haber asumido el cuidado de cinco nietos, sin que conste en el proceso ninguna prueba en el sentido de haber recibido apoyo de los organismos gubernamentales o instituciones privadas para reforzar sus habilidades parentales.

C) Colisión de Principios

Otro criterio empleado por la jurisprudencia para la determinación de la susceptibilidad de adopción, se presenta en aquellos casos que existe una colisión de derechos del menor; principalmente entre el que tienen los menores en autos de vivir con su familia de origen (en concordancia con el principio de subsidiariedad), y el de hacerlo en un ambiente libre de todo maltrato y abuso.

Al respecto, la jurisprudencia ha establecido que debe priorizarse al derecho más importante y primordial para los menores, que consiste precisamente en asegurar y respetar su integridad física y psíquica, y a vivir en condiciones que permitan su adecuado desarrollo, velando siempre por su interés superior.

Asimismo, debe considerarse por los Tribunales de Justicia, la aplicación de diversos principios para determinar la procedencia de adopción de un menor. Lo anterior, ya que el principio de prioridad biológica se encuentra íntimamente vinculado con otros principios en materia de adopción, como lo es el ya mencionado interés superior del niño, el derecho a la identidad y el derecho a ser oído.

i. Corte Suprema, Recurso de Casación en el Fondo Rol 12550-2011. Ficha N°14.

Hechos: SENAME solicita la declaración de susceptibilidad de adopción de tres menores de edad, todos hermanos, los cuales debieron ingresar al sistema residencial producto de una serie de medidas de protección dictadas por el juzgado de familia de Arica.

De los hechos se desprende, que los tres menores en autos, son hijos de una filiación matrimonial, de la cual han nacido cinco hijos, todos sujetos a diversas medidas de protección. Se señala además, que la madre ha efectuado numerosas denuncias por actos de violencia intrafamiliar sufridos por ella y sus hijos, en contra del padre de los menores. Se agrega, que la madre padece de esquizofrenia hebefrenica, trastorno de personalidad y retardo mental moderado que requiere tratamiento farmacológico de por vida.

En atención a estos antecedentes, y a las prohibiciones de acercamiento que tienen ambos padres respecto de los tres menores, es que le juzgado de familia de Arica decide acoger la solicitud de susceptibilidad efectuada por el SENAME, decisión que fue revocada por la Corte de Apelaciones de Arica, rechazando la declaración de susceptibilidad. Ante esta situación, el SENAME interpone recurso de casación en el fondo, el cual es acogido por la Corte Suprema, anulando el fallo recurrido, y dictando sentencia de reemplazo.

Decisión y fundamento: la Corte Suprema decide acoger el recurso interpuesto, fundamentado que se configura la causal contenida en el artículo 12 n°1 de la ley de adopción. Según se desprende de los antecedentes, los tres menores cuya susceptibilidad se discute, han sido reiteradamente institucionalizados desde el año 2004, siendo egresados continuamente, bajo el cuidado de su madre, para posteriormente, volver a ser internados, bajo medidas de protección.

Por lo tanto, en virtud de estos antecedentes de internación intermitente de los menores, de violencia doméstica por parte del padre, y las pericias clínicas de la madre; es que los sentenciadores estimaron que resulta irrefutable la negligencia de ambos padres en el ejercicio de sus roles parentales.

Es por esto, que atención a los principios inspiradores de la adopción, en particular el interés superior del niño, es que los sentenciadores concluyen la incapacidad de ambos padres para hacerse cargo del cuidado de los menores, configurándose ampliamente la causal contenida en el artículo 12 N°1 de la ley, en virtud de las situaciones de grave abandono en el cuidado y crianza de éstos, exponiéndolos a situaciones de peligro material y moral.

Voto disidente: esta decisión fue adoptada con un voto disidente, el cual fundamentó la improcedencia de la declaración de susceptibilidad, mediante la aplicación del principio de subsidiariedad, señalando que existe una familia biológica, respecto de la cual no se ha acreditado la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia de los menores con ésta.

ii. Corte Suprema, Recurso de Casación en el Fondo Rol 1384-2008. Ficha N°11.

Hechos: La madre biológica y su cónyuge, solicitan que la menor de autos sea declarada susceptible de adopción, pese a la oposición del padre biológico de la niña.

De los antecedentes, se desprende que los solicitantes de la declaración judicial, corresponden a la madre biológica de la menor de autos, y su cónyuge; quienes han asumido de manera conjunta el cuidado personal de la niña desde su matrimonio. El padre biológico de la niña, por otra parte, no se ha preocupado de mantener un régimen comunicacional con la niña, ni ha contribuido en su manutención ni educación, desde que se separó de la madre, lo cual fue hace más de cuatro años.

En cuanto a la menor, señala que una vez revelado su origen biológico, manifestó su deseo de ser adoptada por el cónyuge de su madre, con quien posee una estrecha relación y considera su verdadero padre.

Tomando en consideración estos hechos, el juzgado de familia de Viña del Mar decidió rechazar la solicitud de susceptibilidad, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones, señalando que la menor no era susceptible de ser adoptada.

Decisión y fundamento: para llegar a esta conclusión, la Corte Suprema fundamentó su decisión mediante la aplicación del interés superior del niño, ya que en consideración a su historia de vida, se puede establecer que los solicitantes cubren todas las necesidades de la menor, formando una familia bien constituida, con fuertes lazos de cariño y protección.

Situación muy distinta a la presentada con el padre biológico, quien no le ha prestado atención personal, afectiva, ni económica a su hija por más de cuatro años, haciendo procedente la causa contenida en el artículo 12 N° 2 de la ley de adopción.

Voto disidente: la decisión de la Corte Suprema, fue acordada sin voto disidente.

D) Carácter excepcional de la adopción

Finalmente, un último criterio empleado por los Tribunales de Justicia al momento de determinar la adoptabilidad de un menor, corresponde al carácter excepcional de la adopción.

Este carácter excepcional, se fundamenta en la naturaleza de última ratio que presenta la adopción. En conformidad a esta excepcionalidad, los Tribunales tienen la obligación de ajustarse estrictamente a las disposiciones normativas vigentes, y a su eje central, que consiste en el interés superior del niño.

Asimismo, en conformidad a la aplicación del principio de subsidiariedad, las circunstancias del artículo 12 de la ley de adopción, deben ser acreditadas con certeza absoluta, no bastando evidencias aisladas o puntuales. Lo anterior, ya que los efectos que produce la adopción, son más graves que sólo conceder el cuidado personal de un niño.

De esta manera se reitera el carácter excepcional de esta institución, lo que se traduce en el deber de acreditar la imposibilidad de la familia de origen, y en la exigencia de que la inhabilidad parental invocada, debe tener el carácter de grave y permanente, conforme a lo que establecen los principios inspiradores en esta materia.

i. Corte Suprema, Recurso de Casación en el Fondo Rol 634-2014. Ficha N°19.

Hechos: SENAME solicita declaración de susceptibilidad de adopción de menor que se encuentra internado en centro de acogida Fae Kakenum, institución a la cual fue derivado poco tiempo antes de nacer.

De los antecedentes se desprende que el menor debió ingresar a un programa de “colocación familiar” desde su nacimiento, y que posteriormente, debió ser trasladado a al hogar, producto de graves negligencias en su cuidado por parte de sus padres.

La madre del menor presenta un retardo mental leve, con daño orgánico cerebral, lo que la hace dependiente del apoyo de un adulto responsable para el cuidado de su hijo. En cuanto al padre, se establece su falta de habilidades y graves negligencias. Se señala además, que ninguno de los padres cuenta con redes familiares que pudiesen eventualmente asumir el cuidado del niño. Y que ambos padres visitan de forma esporádica al menor, sin presentar avances en el vínculo afectivo entre ellos y el niño.

En atención a estos hechos, el juzgado de familia de Puerto Montt, decidió acoger la solicitud del SENAME, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt. En contra de este

último fallo, los padres del menor, interpusieron recurso de casación en el fondo, el cual fue rechazado por la Corte Suprema, confirmando la declaración de susceptibilidad del menor en autos.

Decisión y fundamento: la Corte Suprema fundamenta su decisión de rechazar el recurso, señalando que no se infringió la norma alegada por los recurrentes, y que se configuró la causal contenida en el artículo 12 n°1 de la ley de adopción.

De los hechos asentados, se acredita que ambos padres, históricamente han mantenido una conducta altamente negligente respecto de su hijo, en razón de la ausencia de control prenatal, y la presencia de factores de riesgo social, condiciones mínimas de habitabilidad para una posible inserción del menor en su entorno familiar. Es por esto, que los sentenciadores consideraron que los padres del menor se encuentran dentro de los supuestos de inhabilidad contenidos en el artículo 12 N°1 de la ley de adopción, en relación con el artículo 42 Números 1, 3 y 7 de la ley N°16.618. Por lo que es procedente la situación de excepción, en que el menor no debe permanecer en su familia biológica, y es necesario que lo adopte una familia que le brinda el cariño y protección que le ha sido negado en su familia de origen.

Voto disidente: la decisión de la Corte Suprema fue acordada con un voto disidente, quien estuvo por acoger el recurso, argumentando que no se tuvo presente, en toda su magnitud, el hecho de que los padres, dentro de sus limitaciones, intentaron fortalecer sus habilidades parentales, participando activamente en los programas de intervención y buscando el padre un empleo que le permita contribuir de mejor manera a la familia. Antecedentes, que permiten afirmar que existe la voluntad de aquellos de hacerse cargo de su hijo, y que es tarea del Estado, como garante, adoptar las medidas apropiadas para ayudar a los padres al cumplimiento de sus labores parentales.

ii. Corte de Apelaciones de Concepción, Recurso de Apelación Rol 276-2015. Ficha N° 20.

Hechos: SENAME solicita declaración de adopción de menor, que se encuentra internada en centro de protección Cread Lactantes y Preescolar Arrullo de Concepción, producto de medida de protección que se inició por parte policial, que denuncia vulneración de la niña.

De los antecedentes, se desprende que la menor debió ser institucionalizada, producto de a negligencia de sus padres en su cuidado. En cuanto a la madre, ha iniciado procesos de rehabilitación, sin embargo nunca genera adherencia a los procesos, por lo que reincide constantemente, además presenta discontinuados contactos con su hija, siendo su última visita hace casi un año. Respecto del padre, se encuentra recluso cumpliendo condena, además de tener antecedentes de institucionalización durante su infancia, inserción en circuito callejero y consumo de alcohol.

La familia externa de la menor no ha demostrado interés en asumir el cuidado de la menor, manteniendo una relación continua únicamente con su abuela, quien ha manifestado su incapacidad de hacerse cargo de la niña.

Tomando en consideración estos hechos, el juzgado de familia de Concepción decide rechazar la solicitud del SENAME y negar la declaración de susceptibilidad de adopción de la menor. Ante esta situación, la parte solicitante interpone recurso de apelación, el cual es acogido por la Corte de Apelaciones de Concepción, revocando la sentencia de primera instancia, declarando que la menor es susceptible de ser adoptada.

Decisión y fundamento: para llegar a esta conclusión, la Corte de Apelaciones fundamenta que en conformidad a los principios informadores de la adopción, subsidiariedad y interés superior del niño, se acredita, de manera irrefutable, la negligencia de los padres de la niña en el ejercicio de sus responsabilidades parentales y su falta de atención personal y económica por más tiempo del establecido en la ley.

Fundamentan esta decisión en el hecho que la menor ha debido permanecer institucionalizada desde el año de edad, sin ser visitada por sus progenitores por extensos períodos de tiempo, según consta en el certificado de visitas. Esta falta de interés por parte de ambos progenitores se manifiesta además, en el desconocimiento del paradero actual de la madre, y en la falta de compromiso en realizar los tratamientos de rehabilitación en los que han sido insertos, resultando constantemente infructuosos, imposibilitando de esta manera el desarrollo de potenciales habilidades parentales.

Voto disidente: la decisión de la Corte de Apelaciones fue acordado con un voto disidente, quien consideró que no se configuraban las causales invocadas.

3. DETERMINACIÓN DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

Una vez analizadas las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, se pueden vislumbrar criterios generales en cuanto a las declaraciones de susceptibilidad, los cuales se extraen mediante la aplicación del principio de subsidiariedad en la interpretación de las normas de la ley de adopción N° 19.620.

Estos criterios se relacionan con las habilidades morales y físicas de los padres, la existencia de familia extensa, la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan que el menor permanezca en su familia de origen, el carácter excepcional de la adopción y la existencia de otros principios que pugnan con el principio de subsidiariedad

Asimismo, mediante el estudio de las sentencias que acogieron las declaraciones de susceptibilidad, se puede establecer, que no se adoptaron por la unanimidad del Tribunal, sino que fueron adoptadas con votos disidentes. La mayoría de los votos contrarios a la declaración de susceptibilidad, fundamentaban su decisión en la aplicación en virtud del carácter subsidiario de la adopción.

Finalmente, es necesario aclarar, que pese a existir criterios generales y uniformes en las decisiones adoptadas por los Tribunales, es posible identificar ciertas argumentaciones contradictorias:

A) Decisiones contradictorias por parte de los Tribunales de Justicia

Como señalamos, a través del análisis de las sentencias se pudieron establecer ciertos criterios de carácter general, que fueron aplicados por los Tribunales de Justicia, al momento de decidir acerca de la declaración de susceptibilidad de adopción de un menor.

Sin embargo, existieron algunos fallos en particular, que demostraron decisiones contradictorias, lo cual deja entre ver que no existe una completa uniformidad en la interpretación de las normas contenidas en la ley de adopción, por parte de la jurisprudencia nacional.

Un ejemplo de esta falta de uniformidad, se desprende de las decisiones y argumentaciones contenidas en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua Rol 21525-2004 y la sentencia de la Corte Suprema Rol 31946-2014.

La Corte de Apelaciones de Rancagua, por un parte, optó por rechazar la solicitud de declaración de susceptibilidad del menor en autos, pese a que la madre del menor contara con antecedentes de negligencia y alcoholismo crónico, sin intención de someterse a tratamiento de rehabilitación, debiendo permanecer el niño institucionalizado, manteniéndose vigente la medida de protección decretada para su protección por el tiempo necesario.

Los sentenciadores llegan a esta conclusión, al establecer que la madre ha mantenido un interés en visitarlo, de manera que pese a no haber estado en condiciones de asumir su cuidado en el pasado, ni a realizar acciones concretas que le permitan asumir este cuidado en el futuro, los sentenciadores decidieron rechazar la solicitud, considerando el nexo biológico de la madre con el menor, y su negativa judicial.

Por otra parte, contraria a la decisión y argumentación de la Corte de Apelaciones de Rancagua, la Corte Suprema, decidió acoger la solicitud de una menor que se encontraba institucionalizada, producto de una medida de protección. Al igual que el caso anterior, la madre visita a la niña, y se opone judicialmente a la declaración de susceptibilidad.

Sin embargo, los sentenciadores en este caso, privilegiaron el interés de la menor en autos, y no el de la madre que se negaba a su adopción, quien manifiesta su rechazo, pero no realiza acciones concretas tendientes a asumir responsablemente el cuidado de la menor, pese a llevar muchos años institucionalizada.

Esta decisión de la Corte Suprema, como señalamos, no fue acogida por todos los ministros, ya que contó con un voto disidente, quien fundamentó desde la perspectiva del carácter subsidiario de la adopción, que es absolutamente necesario considerar que la niña puede ser acogida por su madre, la que ha manifestado su interés por visitarla y se ha negado judicialmente a su declaración de susceptibilidad.

CONCLUSIÓN

De esta manera, no cabe sino concluir a modo general, que la aplicación del principio de subsidiariedad para determinar la procedencia o rechazo de la declaración de susceptibilidad de adopción, es de carácter fundamental. Esto, ya que los sentenciadores lo ponderan en cada una de sus decisiones, estableciendo las líneas argumentativas que permitan fundamentar la necesidad de que el menor permanezca en su familia de origen, o se produzca la situación de excepción, de que sea aconsejable para su bienestar, el ser acogido por una familia adoptiva.

Argumentación que como vimos en el análisis realizado, cuenta con criterios generales, que permiten establecer ciertos estándares por parte de los Tribunales de Justicia, pero que todavía no cuentan con una completa uniformidad, dado la complejidad que presenta cada caso en particular.

Por otra parte, luego de haber analizado jurisprudencialmente el principio de subsidiariedad, cabe señalar, los diversos aspectos que lo configuran, los cuales como pudimos constatar, pueden repercutir de manera positiva o negativa en la decisión que se adopte respecto del menor.

Es así, como de la aplicación del carácter subsidiario de la adopción, se pueden desprender como aspectos positivos: el resguardo a la identidad del niño, la protección de la familia biológica, la preferencia de la cultura originaria, y en general, toda medida que busque el desarrollo del menor en el entorno en el que nace y al que naturalmente pertenece.

De esta manera, es que la subsidiariedad de la adopción, se relaciona directamente con otros principios que inspiran a la institución de la adopción en Chile, como lo son; el derecho a la identidad o verdad biológica, el principio de inseparabilidad de los hermanos y la preferencia por la adopción nacional. Esto se debe a que el legislador busca adoptar la solución que pueda generarle menos perjuicios al menor, tomando en consideración la nacionalidad, raza y cultura en que el niño se ha desarrollado, o en que ha nacido.

Sin embargo, este mismo afán por conservar al menor en su entorno biológico, puede generar perjuicios aún mayores al de desarraigarlo de su entorno natural, ya que es innegable que existen casos en que los menores han sido expuestos a graves situaciones de vulneración, las cuales no pueden ser enmendadas.

Por lo tanto, como aspecto negativo que configura el principio de subsidiariedad, se debe tener presente el carácter excepcional que presenta la adopción, o como señala la doctrina, la consideración de ésta “no como una forma alternativa, sino netamente subsidiaria”¹⁰¹, lo que si bien tiene una clara razón de ser,

¹⁰¹ CORRAL TALCIANI, H. (2002). *Adopción y filiación Adoptiva*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 6.

se ha llevado a tales extremos, de permitir la institucionalización de menores por años, esperando agotar todas las opciones con la familia biológica, generando correlativamente, que las expectativas de adopción para ese niño se reduzcan a medida que pasa el tiempo.

Es por esto, que es necesario realizar una revisión de este carácter de la adopción, ya que si bien, siempre se debe preferir fomentar el desarrollo del menor en su entorno biológico, no debe traer esto como consecuencia directa, que muchos niños terminen desarrollándose en centros de acogida, sin haber tenido la posibilidad de ser adoptados por una familia adoptiva.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. Libros

ABELIUK MANASEVICH, R. (2000). *La filiación y sus efectos: (la filiación, su determinación, acciones judiciales, la filiación adoptiva, efectos de la filiación, sucesión intestada y asignaciones forzosas, otras reformas de las leyes no. 19.585 y no. 19.620.* Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile.

ALBADEJO GARCÍA, M. (1997). *Curso de derecho civil, Derecho de Familia*, 8° ed. Barcelona, España: Editorial Bosch.

ARIAS DE RONCCHIETTOA, C. (1997). *La adopción.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot.

BARRIENTOS GRANDON, J. (2009). *Código de la Familia.* Santiago, Chile. Editorial LegalPublishing.

CORRAL TALCIANI, H. (2002). *Adopción y filiación Adoptiva.* Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. (2007). *El sistema filiativo chileno.* Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile.

LECANNELIERL, F. (2011). *Manual del seminario de administración y guías de conductas problemáticas en el apego.* Santiago, Chile.

LÓPEZ DÍAZ, C. (2001). *Reformas de las Leyes de Filiación y Adopción.* Santiago, Chile: Editorial Jurídica La Ley Ltda.

MEZA BARROS, R. (1995). *Manual de derecho de familia.* Tomo II. Santiago, Chile: Editorial jurídica.

RAMOS PAZOS, R. (2007b). *Derecho de Familia.* Tomo II. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile.

RUBELLI-DEVICHI, J. (1996). *Droit de la famille.* Paris, Francia: Editorial Dalloz.

TRONCOSO LARRONDE, H. (2007). *Derecho de Familia.* Talcahuano, Chile: Colección de manuales de Derecho Privado, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

2. Informes Online

AGUILAR CAVALLO, G. (2008). “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.” *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 6, N°1. Recuperado de http://www.edumargen.org/docs/curso42-1/unid01/apunte03_01.pdf

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2012). Adopción en Chile: Principios y Regulación. Recuperado de:

https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZFmKfA9MkhMJ:https://www.bcn.cl/obtienearchivo%3Fid%3Drepositorio/10221/14502/1/94765_AL_23-05-2012_PT_Adopcion_94765.doc+%&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=cl

Corporación de Asistencia Judicial. (2011). Declaración de susceptibilidad de adopción. Recuperado de: http://www.cajmetro.cl/v1/boletin/Boletin%20N_1_DE.pdf.

SENAME (2018) “Qué es la Adopción.” Recuperado de: <http://www.sename.cl/web/que-es-la-adopcion/>

Unidad de Estudio Sename. Anuario Estadístico 2016. (2016). Recuperado de <http://www.sename.cl/web/wp-content/uploads/2017/01/Anuario-Estadistico-2016-vf-29-12-2017.pdf>

ZEMATTEN, J. (2003). “El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico” Informe de trabajo, 3-2003.

Recuperado de: https://www.childsrightrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf

3. Artículos de Revista

AGUILAR CAVALLO, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 6, N°1. Recuperado de: http://www.edumargen.org/docs/curso42-1/unid01/apunte03_01.pdf

CILLERO BRUÑOL, M. (2007). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Revista Justicia y Derechos del Niño (UNICEF)*, N° 9.

LEPIN MOLINA, C. (2014). Los nuevos principios del Derecho de Familia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, Vol. 23.

Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/137063/Lepin-Los-nuevos-principios-del-derecho-de-familia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

RAVETLLAT, I. PINOCHET, R. (2015). "El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno." *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N°3, P. 904. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-34372015000300007&lng=es&nrm=iso

RODRÍGUEZ QUIROZ, A. (2000). *Nuevo régimen de adopción*. *Revista Actualidad Jurídica* N°1.

Recuperado de: https://issuu.com/facultad-derecho/docs/401_pdfsam_actualidad_juridica_22

TRUFFELLO, P. (2013). Estatuto de filiación adoptiva en Chile: Constitución, aplicación de Principios y agenda legislativa. *Hemiciclo, revista de estudios parlamentarios*. Recuperado de: http://www.academiaparlamentaria.cl/Hemiciclo/revistahemiciclo_N8.pdf.

4. Artículos de Periódicos Online

Sepúlveda Garrido, P. (19 de septiembre de 2017). Adopciones registran baja en los últimos cuatro años. *La Tercera*. Recuperado de: <http://www2.latercera.com/noticia/adopciones-registran-baja-los-ultimos-cuatro-anos/>

Valenzuela, X. Abello, C. (18 de junio de 2017). Critican ley vigente: adopción temprana es clave para reducir daño en niños. *Diario Concepción*. Recuperado de: <https://www.diarioconcepcion.cl/ciudad/2017/06/18/critican-ley-vigente-adopcion-temprana-es-clave-para-reducir-dano-en-ninos.html>

5. Tesis de Pregrado

Undurraga, M. (2007). *Análisis del Funcionamiento de la Institución de la Adopción en Nuestra Realidad Administrativa y Judicial*. (Tesis de pregrado). Universidad de Chile, Santiago de Chile.

6. Normas

Ley N° 5.343 que establece los derechos y obligaciones referentes a la adopción, *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 6 de enero de 1934.

Ley N° 7.613, que establece disposiciones sobre adopción, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 21 de octubre de 1943.

Ley 16.346, que establece la legitimación adoptiva, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 20 de octubre de 1965.

Ley N° 16.618, que establece la ley de menores, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 8 de marzo de 1967.

Ley N° 18.703, que establece normas sobre adopción de menores y deroga la Ley N°16.346, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 10 de mayo de 1998.

Ley N° 19.620, que establece la ley de adopción de menores, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 5 de agosto de 1999.

Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de agosto de 2004.

Decreto N° 100 que establece la Constitución Política de la República, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2005.

Decreto N° 830 que establece la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada en Chile 27 de septiembre de 1990.

Decreto N° 944 que aprueba reglamento de la Ley N° 19.620 que dicta normas de adopción de menores, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 18 de marzo de 2000.

Código Civil, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de mayo de 2000.

ANEXOS

1. Fichas en que se rechaza la declaración de susceptibilidad de adopción

FICHA N° 1

MATERIA
Susceptibilidad de adopción

REGLA
Que la familia del menor, pese a reconocer sus precariedades y su falta de aptitudes para asumir el cuidado del menor, han demostrado un constante interés en visitarlo y contactarse con él, por lo que no es procedente la declaración de susceptibilidad.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS
Centro de Protección de Menores de Quinta de Tilcoco solicita que el menor sea declarado susceptible de adopción, argumentando el peligro físico y moral al que está expuesto, dado el alcoholismo que sufre su madre (conducta que no ha intentado cambiar). El Primer Juzgado de Menores de Rancagua acoge la demanda, ante lo cual, la madre interpone recurso de apelación. La corte de Apelaciones de Rancagua acoge el recurso, revocando la sentencia de primera instancia, pese a señalar que la madre no ha estado ni está en condiciones de tener el cuidado personal del menor, por lo cual rechaza la declaración de susceptibilidad, pero mantiene la medida de protección dictada en autos Rol 429-86 del Primer Juzgado de Letras de Menores de Rancagua.

DESCRIPTORES
Ley de adopción – madre inhabilitada – medida de protección – susceptibilidad

LEGISLACIÓN APLICABLE
Artículos 8, 12 y 15 ley N° 19.620 y artículo 226 Código Civil

SENTENCIAS RELACIONADAS
Resolución 29 de enero de 2014 de Corte Suprema

HISTORIA PROCESAL
Primera Instancia

Tribunal	Primer Juzgado de Menores de Rancagua
Decisión	Acoge solicitud de declaración de susceptibilidad de adopción
Rol	15-2003
Fecha	13 de febrero de 2004

Segunda Instancia	
Tribunal	Corte de Apelaciones de Rancagua
Recurso	Apelación
Decisión	Acoge- revoca sentencia
Rol	21525-2004
Fecha	23 de junio de 2004

DOCTRINA
<p>TERCERO: Que, por su parte, la madre del menor, reconociendo su alcoholismo y sus precarias condiciones de vida, nunca ha expresado su voluntad de entregarlo en adopción, según consta a fojas 2, 8, 9, 11, 12, 17, 26, 27 y 42.</p> <p>Sí ha quedado de manifiesto su permanente interés en visitarlo y contactarse con él, lo que demuestra un vínculo emocional que no sufrió deterioro, pese a todas sus limitantes personales, sociales y económicas que reconoce;</p> <p>CUARTO: Que no es menos cierto que doña Mirta del Carmen Del Valle Arce no ha estado ni está en condiciones de asumir el cuidado personal del menor, como se acredita con los informes de fojas 32, 34 y 59 de autos.</p>

MINISTROS	Sra. Lilian Medina, Sr. Andrés Contreras y Abogado Integrante Sr. Juan Guillermo Briceño
REDACTOR	Sr. Juan Guillermo Briceño

FUENTE
Westlaw: CL/JUR/5562/2004

FICHA N° 2

MATERIA

Susceptibilidad de Adopción

REGLA

Las causales que establece la ley de adopción deben cumplir requisitos: la inhabilidad física o moral, debe ser grave y permanente; la falta de atención personal y económica debe ser imputable al progenitor; y el abandono del menor no procede por razones de fuerza mayor.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Se solicita declaración de susceptibilidad de adopción de menores de apellido Sepúlveda Moya, quienes se encuentran insertos en un hogar debido a que el padre se encuentra privado de libertad, cumpliendo condena, y la abuela paterna no asume el cuidado de éstos. En primera instancia, el Primer Juzgado de Letras de Rengo acoge la solicitud, declarando susceptibles de adopción a los menores, sin embargo, en segunda instancia, la Corte de Apelaciones de Rancagua decide acoger el recurso de apelación interpuesto, revocando la declaración de susceptibilidad.

DESCRIPTORES

Adopción – adoptante – ley de adopción – causales de inhabilidad – filiación – declaración susceptibilidad.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículo 12 y siguientes ley 19.620, artículo 42 ley 16.618 y artículo 186 y siguientes Código de Procedimiento Civil

SENTENCIAS RELACIONADAS

Resolución de 4 de abril de 2014 de la Corte de Apelaciones de Concepción

HISTORIA PROCESAL

Primera Instancia

Tribunal	Primer Juzgado de Letras de Rengo
Decisión	Acoge solicitud de declaración de susceptibilidad adopción

Rol	8083-2004
Fecha	3 de Marzo de 2005

Segunda Instancia	
Tribunal	Corte de Apelaciones de Rancagua
Recurso	Apelación
Decisión	Acogido- Revoca Sentencia
Rol	628-2005
Fecha	6 de septiembre de 2005

DOCTRINA
<p>PRIMERO: Que, las causales por las que puede proceder la declaración de susceptibilidad de adopción son la inhabilidad física o moral, la falta de atención personal, afectiva y económica y la entrega a una institución o a un tercero con ánimo de liberarse de las obligaciones paternas. Estas causales deben acreditarse respecto de los padres, si la filiación se encuentra determinada. En relación a la primera de las inhabilidades, tanto física como moral, podemos entender por ellas aquellas que enumera el artículo 42 de la ley 16.618, las que deben ser graves y permanentes, aun cuando el artículo 12 de la ley 19.620 no lo señale expresamente; el interés superior del menor y <u>el principio de prioridad de la familia biológica</u>, permiten exigir que el juez sólo dé por acreditada esta causal cuando se trate de inhabilidad grave y permanente.</p> <p>En cuanto a la segunda de las causales, la falta de atención, ésta debe comprender los tres aspectos mencionados por la ley, personal, afectiva y económica, la que debe ser imputable al progenitor. La condición de abandono debe entenderse en un sentido amplio, no restringido, el abandono debe ser la ausencia total de preocupación, una demostración plena de falta de interés y afecto por ellos. No puede constituir desamparo la falta de atención personal y afectiva por razones de fuerza mayor. Para la concurrencia de la tercera de las causales, se requiere que la entrega se haya hecho, no por necesidad, sino con el ánimo manifiesto de desligarse de los deberes para con el menor.</p> <p>SEGUNDO: Que, se han alegado como concurrentes en este caso para la declaración de susceptibilidad de las menores de autos, las tres causales señaladas en el motivo anterior de este fallo. Las menores cuya susceptibilidad se solicita cuentan con familia biológica, su padre y su</p>

abuela paterna, con respecto a quienes en primer término, no se ha acreditado una inhabilidad física o moral grave y permanente.

Si bien el padre se encontraba cumpliendo condena al momento de iniciarse la presente causa, ello no lo convierte en una persona moralmente inhábil en forma permanente, si atendemos a la función rehabilitadora de la pena, la cual a la fecha se encuentra cumpliendo en libertad.

En cuanto a las dos causales restantes, de los antecedentes de autos queda de manifiesto que la desatención y la entrega a una institución de menores no se ha producido por parte de la familia biológica con la intención manifiesta de librarse del cuidado de las menores; ésta se ha producido por necesidad y en el caso específico del padre, por fuerza mayor, como ya se señalara.

MINISTROS	Sr. Carlos Aránguiz Méndez, Sra. Jacqueline Rencoret Méndez, y Abogado Integrante Sra. María Latife Anich
REDACTOR	Sra. Jacqueline Rencoret Méndez

FUENTE
Westlaw: CL/JUR/7267/2005

FICHA N° 3

MATERIA

Susceptibilidad de adopción

REGLA

Los hechos que se señalan como causales de susceptibilidad deben permitir acreditar la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del niño en su familia de origen y la ventaja que la adopción presenta para él.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

SENAME solicita al Juzgado de Familia de Concepción, la declaración de susceptibilidad de adopción de menor A.A.A.C., argumentando que concurren las causales N° 1 y 2 del artículo 12 respecto de su familia de origen, que en este caso corresponde a su tío paterno y su pareja. Esta solicitud es denegada, por lo cual el SENAME interpone recurso de apelación, el cual es rechazado por la Corte de Apelaciones de Concepción, argumentando que no se logró acreditar la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del niño en su familia biológica.
--

DESCRIPTORES

Adopción – prioridad familia de origen – susceptibilidad – imposibilidad de disponer otras medidas – inhabilidad permanente

LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículos 12, 15, 17 ley 19.620; artículos 186 y siguientes Código de Procedimiento Civil; artículo 67 ley 19.968

SENTENCIAS RELACIONADAS

Resolución de 15 de diciembre de 2015 de Corte Suprema
--

HISTORIA PROCESAL

Primera Instancia

Tribunal	Juzgado de Familia de Concepción
Decisión	Rechaza solicitud de declaración de susceptibilidad adopción

Rol	A-39-2009
Fecha	3 de agosto de 2010

Segunda Instancia	
Tribunal	Corte de Apelaciones de Concepción
Recurso	Apelación
Decisión	Rechaza – Confirma sentencia
Rol	368-2010
Fecha	9 de noviembre de 2010

DOCTRINA
<p>QUINTO: Que, en lo que dice relación con la inhabilidad de don G.A.A. y de doña I.S.M., en tanto no darían garantías de habilidad para entregarles el cuidado, crianza y educación del menor de autos, el informe psico-social se refería a una inhabilidad de tipo física que afectaba al Sr. A.A., la que, a nuestro entender, es de carácter temporal, transitoria y no de carácter permanente, siendo producto sólo de un accidente, todo lo cual no es suficiente para dar por establecida la situación descrita en el artículo 12, numeral 1° de la Ley N° 19.620, para los efectos de acceder a la solicitud de declaración de susceptibilidad para ser adoptado, al hablar dicha norma de inhabilidad “física”.</p> <p>Asimismo, en lo que dice relación al transcurso de tiempo sin que se haya pedido el cuidado personal del niño por parte de sus tíos, ya aludidos, se estima que de los antecedentes tenidos a la vista aparece claramente la intención de éstos de visitar al menor mientras permaneció en el CTD Arrullo, cumpliéndose en un nivel porcentual de 70%, justificándose sus inasistencias únicamente por una razón de índole económica, situación que se acrecentó con el traslado del menor a la ciudad de Chillán, al Hogar Nuestra Señora de Esperanza, en donde nuevamente aparecen razones de tipo económicas para justificar sus inasistencias al lugar en donde se encuentra el menor de autos.</p> <p>Se sabe, tal cual lo establece el artículo 12, numeral 2°, inciso segundo, de la Ley N° 19.620, que no constituye causal suficiente para la declaración judicial de susceptibilidad de adopción, la falta de recursos económicos para atender a los menores, disposición que deberá ser tenida en consideración a la hora de resolver el presente recurso de apelación.</p>

SEXTO: Que todo lo hasta aquí relacionado, no permite acreditar la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del niño en su familia de origen y la ventaja que la adopción presenta para él, tal cual lo contempla el artículo 15, inciso 2° de la Ley N° 19.620 sobre adopción de menores, conclusión que también aparece reflejada en la sentencia en alzada.

MINISTROS	Sr. C. Gutiérrez, Sr. J. Solís, y Abogado Integrante M. Ortiz
REDACTOR	Sr. Mauricio Ortiz Solorza

FUENTE
ID vLex: 235837779

FICHA N° 4

MATERIA

Susceptibilidad de adopción

REGLA

El principio de subsidiariedad y de prioridad de la familia biológica, se encuentran en estricta relación con el derecho a la identidad del niño, de manera de resguardar su origen.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

SENAME solicita declaración de susceptibilidad de adopción de menor P.J.H.S. al Juzgado de Familia de Calama, tribunal que acoge la demanda. Ante esta decisión, la abuela materna del menor interpone recurso de apelación, siendo rechazado parte de Corte de Apelaciones de Antofagasta, que confirma la sentencia de primera instancia. Finalmente, la abuela materna interpone recurso de casación en el fondo, recurso que es acogido por la Corte Suprema, anulando la sentencia, y dictando una de reemplazo.

DESCRIPTORES

Adopción – Subsidiariedad – familia extensa – susceptibilidad

LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículos 1 y 3 Convención de los Derechos del Niño; Artículos 1, 12, 15 ley 19.620, en relación con el artículo 226 del Código Civil; y artículo 16 ley 19.968.

SENTENCIAS RELACIONADAS

Resolución de 4 de junio de 2015 de la Corte Suprema

HISTORIA PROCESAL**Primera Instancia**

Tribunal	Juzgado de Familia de Calama
Decisión	Acoge solicitud de declaración de susceptibilidad de adopción
Rol	A-9-2009
Fecha	4 de octubre de 2010

Segunda Instancia	
Tribunal	Corte de Apelaciones de Antofagasta
Recurso	Apelación
Decisión	Rechaza – confirma sentencia
Rol	276-2010
Fecha	14 de enero de 2011

Corte Suprema	
Recurso	Casación en el Fondo
Decisión	Acoge – anula sentencia, dicta sentencia de reemplazo
Rol	1958-2011
Fecha	1 de agosto de 2011

DOCTRINA
<p>OCTAVO: Que los fundamentos para rechazar la oposición formulada en autos no contienen un análisis, como lo exige la ley, en torno a averiguar o indagar respecto de la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor en la familia de origen dada - en este caso -por la figura de la abuela materna, centrándose únicamente en las falencias que ésta puede tener para asumir su cuidado personal, careciendo de la reflexión que un proceso relativo a la declaración de susceptibilidad de adopción debe necesariamente hacer ,sobre todo si se ha presentado oposición -como ha ocurrido en la especie- por un miembro de la familia de origen. En efecto, los jueces del fondo debieron considerar desde esta perspectiva el <u>carácter subsidiario de la adopción</u> y analizar la posibilidad de disponer de otras medidas que garanticen al menor su permanencia en su grupo familiar biológico, lo que no se observa cumplido, al desconocerse el comportamiento constante de la opositora en orden a hacerse cargo de sus responsabilidades parentales, desde que formulara el denuncia que motivó la intervención de la justicia, como el trasladarse a vivir permanentemente a Chile, el acudir a las instancias judiciales suscitadas, al mantener un contacto diario con el niño, negándosele un proceso de vinculación futura, por un consumo de drogas que la propia sentencia impugnada no es clara en establecer, descartando su habitualidad, sin atender a las potencialidades que esta figura puede significar para el desarrollo del niño.</p>

MINISTROS	Sr. Patricio Valdés, Sras. G.P.P, R.M.M.D., R.E.S., y el Abogado Integrante Sr. Ricardo Peralta
REDACTOR	Sr. Ricardo Peralta

FUENTE
ID vLex 310572490

FICHA N° 5

MATERIA

Susceptibilidad de adopción

REGLA

Es deber del Estado propender al fortalecimiento de las herramientas necesarias que requiere la familia de origen para asumir responsablemente el cuidado del menor, conforme lo señala el artículo 1° de la Constitución Política de la República.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

SENAME solicita declaración de susceptibilidad de adopción de dos menores al Juzgado de Familia de Concepción, quien acoge la solicitud. El padre de ambas niñas interpone recurso de apelación en su contra, fundando su recurso en que de la prueba agregada a la causa no existe ninguna que sea concluyente en cuanto a que el padre, se encuentre inhabilitado para tener el cuidado de las menores. La corte de Apelaciones de Concepción acoge el recurso, revocando el fallo de primera instancia.

DESCRIPTORES

Adopción – interés del niño – apreciación de la prueba – ley de adopción

LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículo 1 Constitución Política de la República, artículos 1 y 12 ley 19.620, artículos 3,7,8 y 21 Convención de los Derechos del Niño y artículo 67 ley 19.968

SENTENCIAS RELACIONADAS

Resolución de 29 de julio de 2014 de la Corte Suprema

HISTORIA PROCESAL

Primera Instancia

Tribunal	Juzgado de Familia de Concepción
Decisión	Acoge solicitud de declaración de susceptibilidad de adopción

Rol	A-3-2013
Fecha	25 de noviembre de 2013

Segunda Instancia	
Tribunal	Corte de Apelaciones de Concepción
Recurso	Apelación
Decisión	Acoge- revoca sentencia
Rol	549-2013
Fecha	4 de abril de 2014

DOCTRINA
<p>SEGUNDO: Que en cuanto a la adopción, y procedimientos previos a ésta, la Ley N° 19.620 descansa en el <u>principio de subsidiariedad</u>, que consagra el artículo 1°, en virtud del cual la adopción, y por consecuencia las gestiones previas, como la de autos, sólo son procedentes cuando la familia de origen no es capaz de brindar al niño, niña o adolescente una satisfacción de sus necesidades espirituales y materiales.</p> <p>CUARTO: Que los antecedentes antes reseñados, valorados de acuerdo con la ley, permiten a este Tribunal concluir que a pesar de existir carencias en la familia de las menores Claudia y Britani, existe un miembro de su familia, su padre, quien a pesar de sus dificultades desea tener la protección y cuidado de dichas niñas. De esta manera, los hechos, y particularmente el marco jurídico vigente a propósito de la adopción, no procede ningún tipo de declaración que tienda a modificar el contexto familiar de las niñas, ya que no se ha verificado el extremo de la imposibilidad de mantenerlas dentro de su familia de origen, a pesar de las citadas deficiencias, ya que, como se señaló, es el Estado quien debe propender al fortalecimiento del grupo a través de acciones concretas tendientes a procurarles las herramientas necesarias para que ejerzan el cuidado de sus miembros.</p>

MINISTROS	Sr. Diego Simpértigue, Sr. Hadoff Ascencio y Sra. Matilde Esquerré
REDACTOR	Sr. Diego Simpértigue

FUENTE

Westlaw: CL/JUR/1007/2014

FICHA N° 6

MATERIA

Susceptibilidad de adopción

REGLA

Para que proceda la declaración de susceptibilidad, es necesario agotar todas las instancias con la familia de origen, siendo la adopción la última posibilidad de un hogar.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

SENAME solicita declaración de susceptibilidad de adopción de menor M.F.V.C. al Juzgado de Familia de Viña del Mar, tribunal que no acoge la solicitud. Ante esta decisión, el SENAME interpone recurso de apelación, siendo rechazado parte de Corte de Apelaciones de Valparaíso, que confirma la sentencia de primera instancia. Finalmente, el SENAME interpone recurso de casación en el fondo, recurso que es rechazado por la Corte Suprema, confirmando la sentencia recurrida.

DESCRIPTORES

Adopción – familia extensa – bisabuela – familia de origen

LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículos 3, 9 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 1 y 12 ley 19.620; artículos 764 y siguientes Código de Procedimiento Civil

SENTENCIAS RELACIONADAS

Resolución de 4 de junio de 2015 de Corte Suprema

HISTORIA PROCESAL

Primera Instancia

Tribunal	Juzgado de Familia de Viña del Mar
Decisión	Rechaza solicitud declaración de susceptibilidad de adopción
Rol	A-60-2012
Fecha	19 de abril de 2013

Segunda Instancia	
Tribunal	Corte de Apelaciones de Valparaíso
Recurso	Apelación
Decisión	Rechaza- confirma sentencia
Rol	379-2013
Fecha	19 de julio de 2013

Corte Suprema	
Recurso	Casación en el fondo
Decisión	Rechaza- confirma sentencia
Rol	6621-2013
Fecha	29 de enero de 2014

DOCTRINA	
<p>TERCERO: Que sobre la base de los hechos reseñados en el motivo anterior los sentenciadores rechazaron declarar la susceptibilidad de adopción del niño M.F.V.C.. Al efecto tuvieron presente que para que proceda la declaración solicitada la legislación discierne sobre la base de estar agotada la posibilidad que la familia de origen del niño pueda proporcionarles los cuidados necesarios, siendo la adopción la última posibilidad de un hogar; que la familia extensa de éste, representada por la bisabuela, cuenta con los recursos materiales y morales necesarios para hacerse cargo de los cuidados del menor; y que la inactividad procesal de la oponente ante la internación se explica por la suspensión del régimen comunicacional de la madre y por la negativa del tribunal de permitirle se comunicara con su bisnieto.</p>	

MINISTROS	Sra. Rosa Egnem, Sr. Ricardo Blanco, Sra. Gloria Ana Chevesich, Ministro Suplente Sr. Pheiffer y Abogada Integrante Sra. Virginia Halpern
REDACTOR	Sra. Virginia Cecily Halpern Montecino

FUENTE
ID vLex: 488789250

FICHA N° 7

MATERIA

Susceptibilidad de adopción

REGLA

No proceden las causales de inhabilidad o falta de atención personal o económica, en aquellos casos en que los padres o quienes tengan al menor bajo su cuidado, estén dispuestos a adherir a programas y derivaciones que el tribunal les instruya para el fortalecimiento de sus habilidades parentales.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

SENAME solicita declaración de susceptibilidad de adopción de menor A.J.C.Ñ. al Juzgado de Familia de Valdivia, tribunal que rechaza la demanda. Ante esta decisión, se interpone recurso de apelación, siendo rechazado parte de Corte de Apelaciones de Valdivia, que confirma la sentencia de primera instancia. Finalmente, SENAME interpone recurso de casación en el fondo, recurso que es rechazado por la Corte Suprema, confirmando la sentencia.

DESCRIPTORES

Adopción – derecho de familia – grupo familiar – declaración susceptibilidad

LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículos 1, 2, 12 y 15 ley 19.620, artículo 226 Código Civil y artículo 42 ley 16.618

SENTENCIAS RELACIONADAS

Resolución de 15 de diciembre de 2015 de Corte Suprema

HISTORIA PROCESAL

Primera Instancia

Tribunal	Juzgado de Familia de Valdivia
Decisión	Rechaza solicitud de declaración de susceptibilidad adopción
Rol	A-24-2013
Fecha	22 de julio de 2014

Segunda Instancia	
Tribunal	Corte de Apelaciones de Valdivia
Recurso	Apelación
Decisión	Rechaza- confirma sentencia
Rol	154-2014
Fecha	22 de octubre de 2014

Corte Suprema	
Recurso	Casación en el Fondo
Decisión	Rechaza- confirma sentencia
Rol	29568-2014
Fecha	4 de junio de 2015

DOCTRINA
<p>QUINTO: Que, sin embargo, como se puede observar, los hechos fijados por el tribunal dan cuenta de una situación que no resulta unívoca, desde que si bien la generalidad de los informes evacuados durante el juicio apuntan a establecer la inhabilidad de la madre y familiares del niño (motivo segundo, letra c), existen otros, que refieren el proceso vivido por la madre, la que se somete voluntariamente a un tratamiento de rehabilitación de su adicción a las drogas, demostrando adherencia al mismo y deseo de cambio, así como la disposición del tío paterno, que cuenta con un entorno familiar estable, a involucrarse con el niño e integrarlo a su familia. Y es precisamente en función de estos últimos que los jueces adquieren convicción en torno a la no concurrencia de las causales de susceptibilidad.</p> <p>SEXTO: Con respecto al "hecho objetivo del abandono" alegado por el recurrente, es cierto que los jueces ponderaron la situación de adicción de la madre y su proceso de adaptación al tratamiento, entendiendo que la ausencia de visitas al niño en su período de internación encontraban una justificación atendible. En sus razonamientos, integran el <u>principio de subsidiariedad</u> consagrado en el artículo 1° de la ley de adopción, el que vinculan al derecho a la identidad del niño.</p>

MINISTROS	Sr. Carlos Cerda, Sra. Andrea Muñoz, Sr. Ricardo Blanco, Sra. Gloria Ana Chevesich
REDACTOR	Sra. Andrea Muñoz Sánchez

FUENTE
Westlaw: CL/JUR/3074/2015

FICHA N° 8

MATERIA

Susceptibilidad de adopción

REGLA

El juez de familia que conoce de una causa de adopción, debe resolver acerca de la efectividad de los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la declaración de susceptibilidad, conforme lo señala el artículo 15 n°2.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Por sentencia dictada de oficio por el Juzgado de Familia de Viña del Mar se declaró al niño B.A.C.A. susceptible de ser adoptado, resolución que fue apelada por la madre del menor, recurso rechazado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, confirmando la sentencia de primera instancia. Frente a esta decisión, la parte demandada deduce recurso de casación en el fondo, el cual es acogido por la Corte Suprema, dictando sentencia de reemplazo.

DESCRIPTORES

Adopción – Subsidiariedad – inhabilidad parental – principios que la inspiran

LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículos 1, 12, 15 ley 19.620, en relación con el artículo 226 del Código Civil; y artículo 32 ley 19.968.

SENTENCIAS RELACIONADAS

Resolución de 15 de diciembre de 2015 de Corte Suprema

HISTORIA PROCESAL

Primera Instancia

Tribunal	Juzgado de Familia de Viña del Mar
Decisión	Acoge solicitud de declaración de susceptibilidad de adopción
Rol	A-74-2013
Fecha	14 de agosto de 2014

Segunda Instancia	
Tribunal	Corte de Apelaciones de Valparaíso
Recurso	Apelación
Decisión	Rechaza – confirma sentencia
Rol	567-2014
Fecha	24 de octubre de 2014

Corte Suprema	
Recurso	Casación en el Fondo
Decisión	Acoge – anula sentencia, dicta sentencia de reemplazo
Rol	30315-2014
Fecha	4 de junio de 2015

DOCTRINA
<p>El principio de la <u>subsidiaridad de la adopción</u> y de la prioridad de la familia biológica se encuentra recogido en el artículo 1 de la Ley N° 19.620, dado que establece lo siguiente: "La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar 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". Por lo tanto, solo cabe entregar a un niño en adopción cuando se acredite que su familia de origen no está en condiciones de darle el afecto y los cuidados para su bienestar en el orden espiritual y material; y es por ello que el juez, según lo dispone el inciso 2° del artículo 15, debe resolver acerca de la efectividad de los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la declaración de susceptibilidad de adopción, en especial que no es posible disponer de otras medidas que permitan la permanencia del niño en su familia de origen y las ventajas que representa su entrega en adopción.</p> <p>Por su parte, la Convención Internacional de los Derechos del Niño también consagra la primacía de la familia de origen, pues en el artículo 7.1 establece que el niño tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; en los artículos 8.1 y 9.1, respectivamente, consagra el compromiso que los Estados Partes asumieron en orden a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con</p>

la ley, sin injerencias ilícitas, y a velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competente determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño; en el artículo 20.1 la adopción se contempla como una medida de protección tratándose de niños privados de su medio familiar, o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio; y en el artículo 21 la obligación de los Estados Partes de hacer todos los esfuerzos para brindar apoyo a las familias biológicas, de modo que sean capaces de mantener a sus hijos y así puedan desarrollarse en el medio familiar que los vio nacer, y en especial con sus padres.

MINISTROS	Sr. Carlos Cerda, Sr. Ricardo Blanco, Sra. Gloria Ana Chevesich, y los Abogados Integrantes Sr. Carlos Pizarro y Sra. Leonor Etcheverry.
REDACTOR	Sra. Gloria Ana Chevesich

FUENTE
Westlaw: CL/JUR/3172/2015

FICHA N° 9

MATERIA

Susceptibilidad de adopción

REGLA

La causal de inhabilidad no se configura en aquellos casos en que el progenitor ha desarrollado actos positivos que demuestren un claro interés en el bienestar del menor o en entablar lazos con él, como lo sería la entrega de alimentos voluntarios, o los intentos de visita al lugar en donde el niño habita.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Se deduce recurso de casación en el fondo contra sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, que revoca el fallo de primera instancia dictado por el Juzgado de Familia de Puerto Montt, que rechazó la solicitud interpuesta por el SENAME de declaración de susceptibilidad de adopción de la menor M.I.M.K. Analizado lo expuesto, la Corte Suprema acoge la casación, con un voto disidente, dictando sentencia de reemplazo que confirma el fallo de primera instancia, rechazando la declaración de susceptibilidad.

DESCRIPTORES

Adopción – Subsidiariedad – susceptibilidad – derechos del niño – identidad

LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículos 1 y 3 Convención de los Derechos del Niño; Artículos 1, 12, 15 ley 19.620, en relación con el artículo 226 del Código Civil; y artículo 16 ley 19.968.

SENTENCIAS RELACIONADAS

Resolución de 17 de diciembre de 2015 de Corte Suprema

HISTORIA PROCESAL

Primera Instancia

Tribunal	Juzgado de Familia de Puerto Montt
Decisión	Rechaza solicitud de declaración de susceptibilidad de adopción

Rol	A-19-2014
Fecha	6 de diciembre de 2014

Segunda Instancia	
Tribunal	Corte de Apelaciones de Puerto Montt
Recurso	Apelación
Decisión	Acoge – revoca sentencia
Rol	1-2015
Fecha	15 de abril de 2015

Corte Suprema	
Recurso	Casación en el Fondo
Decisión	Acoge – anula, dicta sentencia de reemplazo
Rol	6904-2015
Fecha	15 de diciembre de 2015

DOCTRINA
<p>DUDODÉCIMO: Como ya se ha expresado, en nuestro sistema jurídico la adopción es una institución que encuentra su sustento en el principio rector del derecho de familia adecuado al interés superior del niño. En efecto, correspondiendo la adopción a una ficción legal por la que se considera como hijo a quien no lo es, debe centrarse en el beneficio del adoptado más que el de los adoptantes, pero sólo en la hipótesis en que aquel no le pueda ser proporcionado por la familia de origen, lo que se reconduce a los principios basales de este instituto denominados de la <u>subsidiariedad y de la prioridad de la familia biológica.</u></p> <p>DÉCIMOTERCERO: En efecto, el concepto de familia con el cual se compromete el legislador no se limita en caso alguno a la sola familia nuclear padre y madre, sino a la <u>familia extensa.</u> Según se advierte de la sentencia impugnada, aparece que la indagación efectuada en este proceso se focalizó exclusivamente respecto al padre del adolescente, omitiendo y pasando por alto toda referencia a su vinculación con la familia extensa paterna, cuyos miembros han participado en la etapa probatoria de este juicio, manifestando su interés en vincularse con el adolescente, lo que</p>

no ha sido debidamente considerado ni evaluado a la luz del interés superior del niño, infringiendo de este modo la normativa en referencia.

MINISTROS	Sr. Milton Juica, Sr. Lamberto Cisternas, Sr. Ricardo Blanco, Sra. Gloria Ana Chevesich y Andrea Muñoz
REDACTOR	Sr. Ricardo Blanco

FUENTE
Westlaw: CL/JUR/3172/2015

FICHA N° 10

MATERIA

Susceptibilidad de adopción

REGLA

El legislador entiende el concepto de familia de una manera extensa, sin limitarse a la familia nuclear de padre, madre y hermanos; sino que incluyendo familiar externos, tales como, los abuelos, tíos, primos, y otros familiares que pudieren asumir el cuidado del niño o niña de manera responsable.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

SENAME solicita declaración de susceptibilidad de adopción de niño C.J.C.A., solicitud que es acogida por Juzgado de Familia de Limache. Ante esta decisión la madre del menor y su tío materno, interpusieron recurso de apelación, el cual es acogido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, quien revocó la sentencia de primer grado, rechazando la petición de declaración de susceptibilidad. Finalmente, la parte solicitante del SENAME dedujo recurso de casación en el fondo, el cual fue rechazado por la Corte Suprema, confirmando el fallo.

DESCRIPTORES

Ley de adopción – inhabilidad madre – susceptibilidad – subsidiariedad – habilidades parentales

LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículos 1, 12 y 15 ley 19.620, artículos 16 y 32 ley 19.968, artículos 8 y 9 Convención sobre los Derechos del Niño

SENTENCIAS RELACIONADAS

Resolución de 15 de diciembre de 2015 de Corte Suprema

HISTORIA PROCESAL

Primera Instancia

Tribunal	Juzgado de Familia de Limache
Decisión	Acoge solicitud de declaración de susceptibilidad de adopción
Rol	A-12-2014

Fecha	28 de enero de 2015
-------	---------------------

Segunda Instancia	
Tribunal	Corte de Apelaciones de Valparaíso
Recurso	Apelación
Decisión	Acoge-revoca sentencia
Rol	111-2015
Fecha	12 de junio de 2015

Corte Suprema	
Recurso	Casación en el Fondo
Decisión	Rechazado- confirma sentencia
Rol	8246-2015
Fecha	17 de diciembre de 2015

DOCTRINA
<p>OCTAVO: Que tampoco debe olvidarse que los procesos de adopción, dentro de los cuales se incluye el trámite de la declaración de susceptibilidad de adopción, se rige por ciertos principios que presiden la actuación de los órganos jurisdiccionales, destacando, entre ellos, el <u>principio de la subsidiaridad</u> de la adopción, el derecho de identidad del adoptado, y el principio de preferencia de la familia biológica o de origen.</p> <p>De lo anterior fluye que, siendo la adopción un orden jurídico subsidiario que se debe al interés superior del niño, se constituye como un instituto de última ratio, es decir, que sólo procede en el caso que la familia de origen de un niño no se encuentre en condiciones de darle el afecto y los cuidados necesarios para su bienestar en el orden espiritual y material. Como fruto de lo anterior, la resolución judicial que declare a un niño como susceptible de ser adoptado debe dictarse solamente cuando, de manera previa, se establezca la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor en la familia de origen.</p> <p>NOVENO: Que es justamente la circunstancia de excepción anteriormente señalada la que se ha descartado por los jueces del mérito, al establecer la existencia de elementos que permiten esperar una mejora de las aptitudes parentales de la madre para otorgar al niño el disfrute de los elementos que, en este contexto, configuran su interés superior.</p>

MINISTROS	Sr. Hugo Dolmetsch, Sra. Andrea Muñoz, Sr. Ricardo Blanco, Sra. Gloria Ana Chevesich, Sr. Milton Juica
REDACTOR	Sr. Ricardo Blanco

FUENTE
Westlaw: CL/JUR/7918/2015

2. Fichas en que se acoge la declaración de susceptibilidad de adopción

FICHA N° 11

MATERIA
Susceptibilidad de adopción

REGLA
El derecho a la identidad del menor y el de prioridad de la familia biológica, no se ven conculcados cuando la verdad de su origen le es revelada al menor, y la falta de comunicación entre el niño o niña y uno de sus padres se debe al abandono en que incurrió su progenitor.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS
Se realiza solicitud de adopción de menor por parte de su madre biológica y su pareja, al Juzgado de Familia de Viña del Mar, demanda que es rechazada por el tribunal, por considerar que no existen antecedentes suficientes y de tal gravedad, que justifiquen el privar a la niña de su derecho a la identidad y de conocer sus orígenes. Ante esta decisión, se alzaron los solicitantes y la Corte de Apelaciones de Valparaíso, confirmó el de primer grado. Finalmente dedujeron Recurso de Casación en el Fondo, el cual fue acogido por la Corte Suprema, anulando el fallo y dictando sentencia de reemplazo.

DESCRIPTORES
Ley de Adopción – padre biológico – derecho a la identidad – prioridad familia de origen – interés superior del niño.

LEGISLACIÓN APLICABLE
Artículos 1, 3 y 12 ley 19.620, artículos 3 y 21 Convención Internacional sobre los derechos del niño, artículo 764 y siguientes Código de Procedimiento Civil.

SENTENCIAS RELACIONADAS
Resolución de Corte Suprema de fecha 24 de julio de 2008.

HISTORIA PROCESAL
Primera Instancia

Tribunal	Juzgado de Familia de Viña del Mar
Decisión	Rechaza solicitud de declaración de susceptibilidad adopción
Rol	A-3-2006
Fecha	29 de marzo de 2007

Segunda Instancia	
Tribunal	Corte de Apelaciones de Valparaíso
Recurso	Apelación
Decisión	Rechaza- confirma sentencia
Rol	888-2007
Fecha	21 de diciembre de 2007

Corte Suprema	
Recurso	Casación en el Fondo
Decisión	Acoge- invalida, dicta sentencia de reemplazo
Rol	1384-2008
Fecha	14 de abril de 2008

DOCTRINA
<p>PRIMERO: Lo anterior significa que los sentenciadores hicieron primar el principio de la identidad, entendiéndolo éste en su aspecto más restrictivo, por sobre el <u>interés superior de menor</u>, infringiendo el orden de los principios y disposiciones legales antes citadas.</p> <p>Agrega que el desconocimiento de sus orígenes biológicos en el caso de autos ya no es efectivo y, por ende, no puede ser un obstáculo para que la niña sea adoptada, pues el principio del interés superior es el más importante, aún cuando, en el caso de autos, los otros aspectos del derecho a la identidad, como son la cultura, familia y nacionalidad están perfectamente amparados.</p> <p>TERCERO: Que la ley 19.620 tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado y amparar 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 puede ser proporcionado por su familia de origen. El artículo 3° del mismo cuerpo legal obliga al Tribunal que conoce de la adopción a tener en cuenta la opinión del menor en función de su edad</p>

y madurez. La normativa nacional es concordante con lo que prevé el artículo 21 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño.

MINISTROS	Sr. Patricio Valdés, Sra. Gabriela Pérez, Sr. Julio Torres, y Abogados Integrantes Sr. R.J.C. y R.P.V.
REDACTOR	Abogado Integrante Sr. R.J.C.

FUENTE
ID vLex: 41113880

FICHA N° 12

MATERIA

Susceptibilidad de adopción

REGLA

El legislador entiende el concepto de familia de una manera extensa, sin limitarse a la familia nuclear de padre, madre y hermanos; sino que incluyendo familiar externos, tales como, los abuelos, tíos, primos, y otros familiares que pudieren asumir el cuidado del niño o niña de manera responsable.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Director Regional del SENAME solicita declaración de susceptibilidad de adopción de menor J.P.V.V. al Juzgado de Familia de Punta Arenas, la cual se tramita conjuntamente con causa de susceptibilidad de adopción iniciada de oficio por el tribunal respecto del menor J.D.V. Tanto la solicitud del SENAME, como la causa iniciada de oficio por el tribunal, declaran susceptibles de adopción a los menores en autos. Ante esta situación, la parte demandada interpone recurso de apelación, el cual es rechazado, confirmando la sentencia de primera instancia.

Finalmente, se interpone recurso de casación en el fondo, el cual es rechazado, confirmando el fallo.

DESCRIPTORES

Ley de adopción – familia de origen – interés superior del niño – inhabilidad moral

LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículos 1, 12 y 15 ley 16.920, artículos 7,9 y 18 Convención de los Derechos del Niño, artículos 764 y siguientes Código de Procedimiento Civil

SENTENCIAS RELACIONADAS

Resolución Corte Suprema de fecha 16 de agosto de 2010

HISTORIA PROCESAL

Primera Instancia

Tribunal

Juzgado de Familia de Punta Arenas

Decisión	Acoge solicitud de declaración de susceptibilidad de adopción
Rol	A-5-2006
Fecha	3 de enero de 2008

Segunda Instancia	
Tribunal	Corte de Apelaciones de Punta Arenas
Recurso	Apelación
Decisión	Rechaza- confirma sentencia
Rol	36-2008
Fecha	7 de mayo de 2008

Corte Suprema	
Recurso	Casación en el Fondo
Decisión	Rechaza-confirma sentencia
Rol	3249-2008
Fecha	24 de julio de 2008

DOCTRINA
<p>CUARTO: los jueces del fondo concluyeron que se configuraban los presupuestos para declarar a los menores de autos, susceptibles de ser adoptados, al tenor de lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley N°19.620, en relación con el artículo 226 del Código Civil. Tal decisión se sustenta en que se ha logrado establecer que, tanto sus padres como la figura familiar más cercana, constituida por la bisabuela materna de los niños, se encuentran inhabilitados para ejercer el cuidado de ellos, teniendo en consideración a este respecto, además de sus historias vitales, que han tenido tiempo durante el proceso para demostrar cambios conductuales, apareciendo, por el contrario, que dicho factor temporal parece acrecentar la inestabilidad emocional, psicológica y económica de los padres de los niños, en tanto que la bisabuela está inhabilitada psiquiátricamente para ello.</p> <p>NOVENO: Que por otra parte, cabe señalar que de la forma que se ha dicho, no resultan vulneradas las normas mencionadas como pertenecientes a la Convención de Derechos del Niño, ya que en lo resuelto precisamente se advierte el imperativo de velar por <u>el interés superior de los menores</u> involucrados, en aras de proporcionarles las herramientas para un adecuado desarrollo</p>

integral, físico, mental, moral, espiritual y social, cuestión que no se divisa como posible en el seno de su familia biológica, en atención a las inhabilidades que ella presenta.

MINISTROS	Sra. Gabriela Pérez, Sr. Haroldo Brito, Ministro Suplente Sr. Julio Torres, Abogados Integrantes Sr. A.G.B. y Sr. D.H.E.
REDACTOR	Abogado Integrante Sr. A.G.B.

FUENTE
ID vLex: 41118617

FICHA N° 13

MATERIA

Susceptibilidad de adopción

REGLA

Cuando un padre se oponga a la declaración judicial de susceptibilidad, manifestando cierto interés, no basta para desestimar la causal de falta de atención, ya que la institucionalización de menores por un largo plazo, se contradicen a la voluntad de mantener un vínculo con ellos.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

SENAME solicita declaración de susceptibilidad de adopción de menor M.D.P.C. al Primer Juzgado de Familia de Santiago, argumentando el abandono personal y económico de la menor. La demanda es rechazada, por lo que la parte demandante interpone recurso de apelación, el cual es acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago. Finalmente, la madre de la menor interpone recurso de Casación en el Fondo, siendo rechazado por la Corte Suprema, confirmando la susceptibilidad de adopción de la menor.

DESCRIPTORES

Ley de adopción – interés superior del niño – abandono personal y económico – susceptibilidad

LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículos 1, 12 y 14 de ley 19.620, artículos 764 y siguientes Código de Procedimiento Civil

SENTENCIAS RELACIONADAS

Resolución Corte Suprema de fecha 6 de julio de 2015

HISTORIA PROCESAL

Primera Instancia

Tribunal	Primer Juzgado de Familia de Santiago
Decisión	Rechaza solicitud de declaración de susceptibilidad adopción
Rol	A-44-2008
Fecha	22 de noviembre de 2009

Segunda Instancia	
Tribunal	Corte de Apelaciones de Santiago
Recurso	Apelación
Decisión	Acoge- revoca sentencia
Rol	3505-2010
Fecha	14 de abril de 2010

Corte Suprema	
Recurso	Casación en el Fondo
Decisión	Rechaza-confirma sentencia
Rol	4059-2010
Fecha	16 de agosto de 2010

DOCTRINA	
<p>TERCERO: Los jueces de segundo grado resolvieron en sentido contrario, esto es, acogieron la solicitud de autos, declarando a la menor susceptible de ser adoptada, teniendo presente para ello que el mérito de los antecedentes permite tener por acreditado el presupuesto del N°2 de la citada norma legal, puesto que la madre ha demostrado total despreocupación por la niña, quien ha permanecido institucionalizada por más de dos años, lo que contradice la voluntad que manifestó en el proceso de mantener el vínculo con ella. Se estima, además, que el <u>interés superior</u> de la menor aconseja que tenga la oportunidad de acceder a vivir en una familia.</p>	

MINISTROS	Sr. Patricio Valdés, Sra. G.P.P., Sra. R.M.M.D., Sra. R.E.S., y el Abogado Integrante Sr. Patricio Figueroa
REDACTOR	Sra. Rosa María Maggi

FUENTE	
Westlaw: CL/JUR/16833/2010	

FICHA N° 14

MATERIA

Susceptibilidad de adopción

REGLA

Cuando existe colisión de derechos, principalmente entre el que tienen los menores de vivir con su familia de origen y el de hacerlo en un medio libre de todo maltrato y abuso, debe aplicarse la teoría de la ponderación, en cuya virtud, debe darse prioridad al derecho más importante, que está dado precisamente por el asegurar y respetar su integridad psíquica y física y a vivir en condiciones que permitan su desarrollo.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

SENAME solicita declaración de susceptibilidad de adopción de adopción a dos menores al Juzgado de Familia de Arica, demanda que fue acogida, argumentando inhabilidad de los padres. Ante esta decisión, los padres de los menores interpusieron recurso de apelación, el cual fue acogido por la Corte de Apelaciones de Arica, rechazando la solicitud. Finalmente, el solicitante interpuso recurso de casación en el fondo, el cual fue acogido por la Corte Suprema, invalidando la sentencia, accediendo a la solicitud del SENAME.

DESCRIPTORES

Ley de adopción – Subsidiariedad – prioridad biológica – interés superior del niño

LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículo 12 y 15 ley 19.620, artículo 768 Código de Procedimiento Civil, artículos 226 y 227 Código Civil

SENTENCIAS RELACIONADAS

Resolución Corte Suprema de fecha 18 de mayo de 2009

HISTORIA PROCESAL

Primera Instancia

Tribunal	Juzgado de Familia de Arica
Decisión	Acoge solicitud de declaración de susceptibilidad de adopción

Rol	A-12-2010
Fecha	9 de junio de 2011

Segunda Instancia	
Tribunal	Corte de Apelaciones de Arica
Recurso	Apelación
Decisión	Acoge- revoca sentencia
Rol	72-2011
Fecha	2 de diciembre de 2011

Corte Suprema	
Recurso	Corte Suprema
Decisión	Acoge- invalida, dicta sentencia de reemplazo
Rol	12550-2011
Fecha	18 de junio de 2012

DOCTRINA	
<p>SEXTO: Que la decisión de los sentenciadores del grado, desconoce una serie de antecedentes que surgen de modo irrefutable del mérito del proceso, como son la negligencia de los padres en el ejercicio de sus responsabilidades parentales, al extremo que los menores han debido ser ingresados a centros institucionalizados para el resguardo de su integridad física y psíquica, siendo sujetos de medida de protección, debido a su situación familiar y de abandono, careciendo los progenitores no sólo de medios materiales para hacerse cargo de los niños sino que de las capacidades y habilidades para ejercer sus roles, según se establece de las pericias e informes allegados al proceso, incurriendo en situaciones de irresponsabilidad y de abandono respecto de sus hijos, que no han sido capaces de revertir y que no se vislumbra puedan hacerlo en el futuro, al igual que la familia extensa dada por la figura del abuelo materno .</p>	

MINISTROS	Sr. Patricio Valdés, Sra. Gabriela Pérez, Sra. Rosa Egnem, Sr. Juan Fuentes, Sr. Juan Escobar
REDACTOR	Sr. Juan Fuentes

FUENTE

Westlaw: CL/JUR/1329/2012

FICHA N° 15

MATERIA

Susceptibilidad de adopción

REGLA

En aquellos casos, que los menores han sido expuestos a situaciones de violencia y dinámicas familiares disfuncionales de manera continua, se impide que se genere un verdadero apego con la familia de origen, traduciéndose en desamparos irreversibles.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

SENAME solicita declaración de susceptibilidad de adopción de dos menores al Juzgado de Familia de Talca, quien acoge la demanda. Ante esta decisión, el padre de las menores interpone recurso de casación en la forma con apelación en subsidio, argumentando respecto de la casación, que la sentencia habría incurrido en el vicio contenido en el artículo 768 N° 9 del CPC, y respecto de la apelación la vulneración del carácter subsidiario de la adopción. La Corte de Apelaciones de Talca rechaza ambos recursos, confirmando la sentencia de primera instancia.

DESCRIPTORES

Ley de adopción – familia – familia extensa – inhabilidad – subsidiariedad – susceptibilidad

LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículo 12 y 15 ley 19.620, artículo 768 Código de Procedimiento Civil, artículos 226 y 227 Código Civil

SENTENCIAS RELACIONADAS

Resolución Corte de Apelaciones de Rancagua de fecha 23 de junio de 2004

HISTORIA PROCESAL

Primera Instancia

Tribunal	Juzgado de Familia de Talca
Decisión	Acoge solicitud de declaración de susceptibilidad de adopción
Rol	A-17-2010
Fecha	13 de junio de 2011

Segunda Instancia	
Tribunal	Corte de Apelaciones de Talca
Recurso	Casación en la Forma con Apelación en subsidio
Decisión	Rechaza- confirma sentencia
Rol	186-2011
Fecha	9 de septiembre de 2011

DOCTRINA
<p>TERCERO: Que la madre de las menores dona A.P.M. accedió a la solicitud de susceptibilidad de adopción de sus referidas hijas formulada por el Servicio Nacional de Menores, en tanto que el padre don J.A.B.G. se opone a ella y pide que se declare que no son susceptibles de ser adoptadas.</p> <p>CUARTO: Que respecto del padre de las menores quedo establecido en autos que "tiene antecedentes por violencia intrafamiliar, reconoció haber golpeado a la progenitora de sus hijas mientras vivían juntos y que actualmente, al menos dentro de un año, no tiene un lugar donde recibir a las niñas ni un adulto responsable que vele por estas últimas, mientras él trabaja; que asimismo se encuentra pendiente esclarecer posible abuso sexual respecto a las menores, y que según "los informes reunidos, la forma en que este se relaciona con las niñas durante las visitas en el hogar no revelan verdadero afecto y apego de las niñas a su padre", como también que "la situación de descuido y de desamparo es irreversible," con lo que resulta acreditado que "ni los progenitores ni la familia extensa está en condiciones de hacerse cargo responsablemente de las pequeñas"</p>

MINISTROS	
REDACTOR	Abogado Integrante Sr. Luis Carrasco

FUENTE
ID vLex: 318947503

FICHA N° 16

MATERIA

Susceptibilidad de adopción

REGLA

El principio de subsidiariedad tiene como límite la aplicación del interés superior del niño, de manera que deben privilegiarse los beneficios que la adopción tendrá para éste, y no para la familia de origen.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

SENAME solicita declaración de susceptibilidad de adopción de la menor, la cual se encuentra en peligro material y moral, debido al cuidado negligente de su madre, quien tiene problemas de salud mental, los cuales se ha negado a abordar debidamente. El Juzgado de Familia de Talcahuano rechazó la demanda, fundamentando la aplicación del principio de subsidiariedad, ante lo cual el SENAME decide apelar, recurso que es rechazado por la Corte de Apelaciones de Concepción, confirmando el fallo de primera instancia. Finalmente, la parte demandante interpone recurso de casación en el fondo, el cual es acogido por la Corte Suprema, invalidando el fallo y dictando sentencia de reemplazo.

DESCRIPTORES

Ley de adopción – interés superior del niño – medida de protección – inhabilidad de la madre – subsidiario

LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículos 1, 12 y 15 ley 16.920, artículos 764 y siguientes Código de Procedimiento Civil, artículo 67 ley 19.968

SENTENCIAS RELACIONADAS

Resolución de 17 de enero de 2016 de Corte de Apelaciones de Concepción

HISTORIA PROCESAL

Primera Instancia

Tribunal

Juzgado de Familia de Talcahuano

Decisión	Rechaza solicitud de declaración de susceptibilidad adopción
Rol	A-20-2011
Fecha	18 de octubre de 2011

Segunda Instancia	
Tribunal	Corte de Apelaciones de Concepción
Recurso	Apelación
Decisión	Rechaza- confirma sentencia
Rol	652-2011
Fecha	7 de marzo de 2012

Corte Suprema	
Recurso	Casación en el Fondo
Decisión	Acoge- anula, dicta sentencia de reemplazo
Rol	2709-2012
Fecha	20 de agosto de 2012

DOCTRINA
<p>OCTAVO: Que por otra parte, cabe destacar que si bien en la materia rigen los principios de la <u>subsidiaridad</u> de la adopción y de la <u>prioridad de la familia biológica</u>, consagrados en nuestra legislación, considerando dicha institución como una forma alternativa, cuando el niño o niña no cuente con un medio familiar adecuado que lo acoja, a tal punto que la ley previene que debe hacerse todo lo posible para conseguir que el menor conserve su familia de origen; conforme a los cuales, la declaración en cuestión procede sólo y una vez que se haya acreditado la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor con ésta. En el caso de autos, esta circunstancia ha resultado fehacientemente demostrada, desde que la familia biológica no es capaz de asumir la integral satisfacción de los derechos de la menor en todos los ámbitos de su vida, pues aunque la niña tiene dos hermanos mayores, éstos no han demostrado debidamente su interés y capacidades para hacerse cargo de ella. Así entonces la obligación de velar por su interés superior se centra, ante la imposibilidad de dar aplicación a la regla general inspiradora en esta materia, en asegurar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y de orden</p>

materiales, que le permitan su desarrollo, posibilitando la mayor suma de ventajas en todos los aspectos de su vida.

MINISTROS	Sr. Patricio Valdés, Sra. Gabriela Pérez, Sra. Rosa Egnem, y los Abogados Integrantes Sr. Alfredo Prieto y Sra. Halpern
REDACTOR	Sr. Alfredo Prieto

FUENTE
Westlaw: CL/JUR/1780/2012

FICHA N° 17

MATERIA

Susceptibilidad de adopción

REGLA

No basta con la simple negativa de un familiar ante el juzgado de familia que conoce de la causa de susceptibilidad, sino que se debe reflejar en los intentos de acercamiento y protección del menor.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Hogar de Niñas Inés de Riesco Llona solicita al Primer Juzgado de Familia de Santiago que declare susceptible de adopción a la menor D.C.C.V., demanda que es acogida. Ante esta decisión, la parte demandada interpuso recurso de apelación, el cual fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago, revocando la decisión

Del tribunal de primera instancia.

Finalmente, el hogar en el que se encuentra la menor producto de una medida de protección, interpone recurso de casación en el fondo, el cual es acogido por la Corte Suprema, quien dicta sentencia de reemplazo, acogiendo la declaración de susceptibilidad.

DESCRIPTORES

Adopción – medida de protección – inhabilidad parental – subsidiariedad – susceptibilidad

LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículo 12 ley 19.620, artículo 226 Código Civil, artículo 42 ley 16.618

SENTENCIAS RELACIONADAS

Resolución de 15 de diciembre de 2015 de Corte Suprema

HISTORIA PROCESAL

Primera Instancia

Tribunal	1 Juzgado de Familia de Santiago
Decisión	Acoge solicitud declaración de susceptibilidad de adopción
Rol	A-82-2013

Fecha	8 de agosto de 2014
-------	---------------------

Segunda Instancia	
Tribunal	Corte de Apelaciones de Santiago
Recurso	Apelación
Decisión	Acoge- revoca sentencia
Rol	1919-2014
Fecha	7 de noviembre de 2014

Corte Suprema	
Recurso	Casación en el Fondo
Decisión	Acoge- revoca, dicta sentencia de reemplazo
Rol	31946-2014
Fecha	6 de julio de 2015

DOCTRINA
<p>SÉPTIMO: en primer lugar, que la madre carece de habilidades parentales que le permitan el cuidado responsable de sus hijos por presentar indicadores de objetiva inhabilidad parental, constituyéndose en un agente activo de riesgo y vulneración para la niña; en segundo lugar, que durante el periodo que la menor (de actuales nueve años) ha permanecido institucionalizada por más de cinco años a la fecha la madre solo ha asistido de forma irregular y con una baja calidad de las visitas; en tercer lugar, que la niña no cuenta con una familia extensa que haya sido capaz de comprometerse en forma incondicional con su crianza y desarrollo, sometiéndola a constantes abandonos y al daño emocional que ello conlleva y en cuarto lugar, que no existe red familiar que propenda a la seguridad de los derechos de la niña, ya que ni la madre ni la familia extendida han concurrido al Hogar ni al tribunal a presentar antecedentes que permitan asumir el cuidado de la niña en forma efectiva y responsable.</p> <p>Acordada con el voto en contra del Ministro señor Blanco, quien estuvo por revocar la sentencia en alzada y rechaza la demanda intentada por las siguientes consideraciones:</p> <p>4° Que, de este modo, y desde la perspectiva del carácter <u>subsidiario</u> de la adopción, es absolutamente necesario considerar que la niña puede ser acogida por su madre, la que ha</p>

manifestado su interés y ha demostrado tener las habilidades parentales y materiales para hacerse cargo de ella, como lo ha hecho con sus otros hijos que se encuentran bajo su cuidado, pese a la existencia de medidas de protección a favor de éstos.

MINISTROS	Sr. Ricardo Blanco, Sra. Andrea Muñoz, Sr. Carlos Cerda, y los Abogados Integrantes Sr. Álvaro Quintanilla y Sra. Leonor Etcheverry
REDACTOR	Sr. Álvaro Quintanilla

FUENTE
Westlaw: CL/JUR/3812/2015

FICHA N° 18

MATERIA

Susceptibilidad de adopción

REGLA

La institución de la adopción es de última ratio, lo que significa que se deben agotar todos los esfuerzos al interior de la familia de origen antes de adoptar una decisión que se traduzca en la separación de los menores respecto de aquella, de manera definitiva e irreversible.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

SENAME solicita declaración de susceptibilidad de adopción de dos hermanas D.M.I.N.J y A.B.N.J., al Juzgado de Familia de Rengo, demanda acogida, declarando a las menores susceptibles de adopción. Ante esta decisión, la abuela materna interpone recurso de apelación, argumentando que ya habría tenido bajo su cuidado a las menores, y que se habría visto sobrepasada anteriormente, debido a tener bajo su cuidado a otros cinco nietos. La corte de Apelaciones de Rancagua rechaza el recurso, confirmando la sentencia de primera instancia. Por lo que finalmente, la parte demandada interpuso casación en el fondo, el cual es rechazado por la Corte Suprema, confirmando el fallo, con dos votos de disidencia, que argumentaron la primacía del principio de subsidiariedad o prioridad biológica.

DESCRIPTORES

Abuelos – cuidado personal de los hijos – interés superior del niño – familia biológica extendida- adopción – inhabilidad

LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículos 1, 7 y 14 Ley 19.620, artículos 8° apartado 1, 21 letra a) y 27 apartados 1 a 3 de la Convención de los Derechos del Niño, y artículos 19 y 22 del Código Civil

SENTENCIAS RELACIONADAS

Resolución de 15 de diciembre de 2015 de Corte Suprema

HISTORIA PROCESAL

Primera Instancia

Tribunal	Juzgado de Familia de Rengo
Decisión	Acoge solicitud de declaración de susceptibilidad de adopción
Rol	Expediente reservado
Fecha	4 de septiembre de 2013

Segunda Instancia	
Tribunal	Corte de Apelaciones de Rancagua
Recurso	Apelación
Decisión	Rechaza- confirma sentencia
Rol	Expediente Reservado
Fecha	18 de diciembre de 2013

Corte Suprema	
Recurso	Casación en el Fondo
Decisión	Rechazado- confirma sentencia
Rol	1831-2014
Fecha	29 de julio de 2014

DOCTRINA
<p>SÉPTIMO: Que, en esas condiciones, la derivación lógica se traduce en que los jueces del fondo no quebrantaron lo que dispone el artículo 7° de la Ley N° 19.620, relacionado con lo previsto en los artículos 1° y 14 del mismo cuerpo legal, y en los artículos 8° apartado 1, 21 letra a) y 27 apartados 1 a 3 de la Convención de los Derechos del Niño; y lo prescrito en los artículos 19 y 22 del Código Civil; en la medida que se asentó como hecho de la causa que se indagó entre la familia de origen de las niñas si había un pariente apto para cuidarlas y velar por <u>su interés superior</u>, proceso que fue infructuoso, por las razones ya anotadas, lo que implica que los sentenciadores de la instancia entendieron que la institución de la adopción es de última “ratio ; lo que significa que en el orden administrativo y judicial se deben agotar todos los esfuerzos al interior de la familia de origen antes de adoptar una decisión que se traduzca en la separación de los menores respecto de aquella, de manera definitiva e irreversible;</p>

Acordada con el voto en contra de los Ministros señor Blanco y señora Chevesich, quienes fueron de opinión de acoger el recurso, por las siguientes consideraciones:

PRIMERO: Que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 19.620, la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando no puede ser proporcionado por su familia de origen; razón por la que se puede concluir que los principios fundamentales que la informa son el de la “subsidiariedad” y el de la “prioridad de la familia biológica” . Así, en todo caso, se encuentra establecido de manera expresa en el artículo 15 de la citada ley, pues dispone que debe hacerse todo lo posible para conseguir que el niño conserve su familia de origen –biológica o extensa–, por lo que la resolución judicial que lo declare en estado o vía de ser adoptado debe dictarse una vez que se haya establecido que es imposible disponer de otras medidas para mantenerlo en ella;

MINISTROS	Sr. Ricardo Blanco, Sra. Gloria Ana Chevesich, Sr. Carlos Aránguiz, Sra. Andrea Muñoz, y Sr. Carlos Cerda
REDACTOR	Sra. Gloria Ana Chevesich

FUENTE
Westlaw: CL/JUR/4953/2014

FICHA N° 19

MATERIA

Susceptibilidad de Adopción

REGLA

La adopción es de carácter excepcional, razón por la cual su aplicación debe ajustarse estrictamente a la regulación normativa dispuesta y a su eje central, que es el interés superior del niño.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

SENAME solicita declaración de susceptibilidad de adopción de menor J.D.G.C., la cual es acogida por el Juzgado de Familia de Puerto Montt. Ante esta decisión, los padres recurren de apelación, recurso que es rechazado por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, argumentando que efectivamente concurrió la causal de inhabilidad respecto de ambos padres, contenida en el artículo 12 inciso 1.

DESCRIPTORES

Adopción – inhabilidad – valoración de la prueba – interés superior del niño – susceptibilidad

LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículos 1, 12 y 15 ley 19.620, artículo 42 ley 16.618, artículo 32 ley 19.968 y artículo 226 del Código Civil

SENTENCIAS RELACIONADAS

Resolución de 15 de diciembre de 2014

HISTORIA PROCESAL

Primera Instancia

Tribunal	Juzgado de Familia de Puerto Montt
Decisión	Acoge solicitud de declaración de susceptibilidad de adopción
Rol	A-42-2012
Fecha	8 de octubre de 2013

Segunda Instancia	
Tribunal	Corte de Apelaciones de Puerto Montt
Recurso	Apelación
Decisión	Rechaza- confirma sentencia
Rol	169-2013
Fecha	6 de diciembre de 2013

Corte Suprema	
Recurso	Casación en el Fondo
Decisión	Rechaza- confirma sentencia
Rol	634-2014
Fecha	29 de septiembre de 2014

DOCTRINA
<p>UNDÉCIMO: Que, de lo anterior se desprende que la finalidad última de la institución de la adopción es proteger al niño, niña o adolescente que va a ser objeto de la misma, proporcionándole una familia que lo proteja y le brinde las condiciones necesarias y mínimas para su adecuado desarrollo, al no haber podido contar con su familia biológica que le pudiese entregar dicha prerrogativa. De allí su carácter excepcional, cuya aplicación debe ajustarse estrictamente a la regulación normativa dispuesta y a su eje central, que es el interés superior del niño, concepto que aunque jurídicamente es indeterminado, aparece delimitado por las circunstancias de cada caso en particular y principalmente en el juicio en comento.</p> <p>DÉCIMO TERCERO: Que, finalmente, tampoco es efectiva la supuesta vulneración a lo preceptuado en el artículo 9 de la Convención de los Derechos de Niño, y que se haya desconocido de esta manera el interés superior del niño de autos, pues al momento de arribar a la conclusión aludida se tuvieron precisamente en consideración las necesidades del niño en orden a contar con una familia que le permita un adecuado desarrollo personal y las falencias de la familia de origen, teniendo en consideración el carácter excepcional de esta institución a la luz de los hechos asentados en juicio.</p>

MINISTROS	Sr. Ricardo Blanco, Sr. Carlos Aránguiz, Sr. Carlos Cerda, y los Abogados Integrantes Sr. Ricardo Peralta y Sr. Arturo Prado.
REDACTOR	Sr. Carlos Aránguiz

FUENTE
Westlaw: CL/JUR/6948/2014

FICHA N° 20

MATERIA

Susceptibilidad de Adopción

REGLA

Que en virtud de las importantes consecuencias que de la declaración de susceptibilidad de adopción se siguen, las circunstancias del artículo 12 deben ser acreditadas con certeza absoluta, no bastando, evidencias aisladas o puntuales.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

SENAME solicita declaración de susceptibilidad de menor A.F.H.H., la cual se encuentra internada en Cread Lactantes y Preescolares Arullo de Concepción desde el año de edad, solicitud que el Juzgado de Familia de Concepción rechaza, no acogiendo la demanda. Ante esta decisión, la parte demandante interpone recurso de apelación, el cual es acogido por la Corte de Apelaciones de Concepción, quien revoca el fallo de primera instancia, declarando susceptible de adopción a la menor, fundamentando que se acreditaron inhabilidades graves y permanentes por parte de ambos padres.

DESCRIPTORES

Ley de adopción – inhabilidad parental – interés superior del niño – subsidiariedad

LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículos 1, 12 y 15 ley 19.620, artículo 144 Código de Procedimiento Civil, artículo 226 Código Civil y artículo 42 ley 16.618

SENTENCIAS RELACIONADAS

Resolución de Corte Suprema de fecha 24 de julio de 2008

HISTORIA PROCESAL

Primera Instancia

Tribunal	Juzgado de Familia de Concepción
Decisión	Rechaza solicitud de declaración de susceptibilidad adopción
Rol	A-42-2014

Fecha	8 de mayo de 2015
-------	-------------------

Segunda Instancia	
Tribunal	Corte de Apelaciones de Concepción
Recurso	Apelación
Decisión	Acoge- Revoca sentencia
Rol	276-2015
Fecha	23 de julio de 2015

DOCTRINA
<p>DÉCIMOCUARTO: Que la Excma. Corte Suprema ha dicho que si bien en la materia “rigen los <u>principios de la subsidiaridad</u> de la adopción y de la prioridad de la familia biológica, consagrados en nuestra legislación considerando dicha institución como una forma alternativa cuando el niño o niña no cuente con un medio familiar adecuado que lo acoja, lo cierto es que esta última circunstancia ha resultado fehacientemente demostrada, desde que no existe tampoco una familia extensa capaz de asumir la integral satisfacción de los derechos de la menor en todos los ámbitos de su vida, apareciendo entonces que la obligación de velar por su interés superior ha de centrarse en instar por el amparo de su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y de orden material, permitiéndole alcanzar el desarrollo y protección de los derechos fundamentales que le corresponden, posibilitando la mayor suma de ventajas en todos los aspectos de su vida, en la perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desenvolvimiento de su personalidad, prescindiendo de su filiación de origen todo lo que no pudo ser proporcionado por su familia biológica y extensa.</p>

MINISTROS	Sr. Juan Villa, Sra. Valentina Salvo, Sr. Juan Clodomiro y la Abogada Integrante Sra. Sara Herrera Merino
REDACTOR	Sr. Juan Clodomiro

FUENTE
ID vLex 579049814