



ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS EXTRANJEROS EN CHILE, A LA LUZ DE CASOS DE NIÑOS HAITIANOS ADOPTADOS POR PADRES RESIDENTES EN NUESTRO PAÍS.

Memoria para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales

ARANTZA PONS LETELIER
CONSTANZA RETAMAL MALDONADO

PROFESORA GUÍA: GLADYS FABIOLA MALDONADO HERNÁNDEZ

Santiago, Chile

2018

*A nuestras familias,
Profesora guía, doña Fabiola Maldonado y
A don Omar Aqueveque.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I “ORIGEN DEL PROBLEMA: FALTA DE ADECUACIÓN NORMATIVA A LA REALIDAD ACTUAL DEL PAÍS DENTRO DEL CONTEXTO LATINOAMERICANO”	7
1. Discordancia normativa con la realidad chilena actual	7
2. Un reflejo práctico: la migración	9
2.1 Migración de haitianos a Chile: razones de su llegada masiva a nuestro país	12
2.2 La adopción internacional de niños extranjeros por padres residentes en Chile	17
CAPÍTULO II “REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN CHILE”	21
1. Principios rectores de la adopción internacional	21
1.1 Interés superior del niño	21
1.1.1 Regulación en la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños	21
1.1.2 Regulación en la legislación nacional	22
1.1.3 Concepto	23
1.2 Derecho a la identidad	25
1.3 Subsidiariedad de la adopción	27
2. Normas que regulan la adopción internacional	28
2.1 La Convención sobre los Derechos del Niño	28
2.2 La Convención de La Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional	29
2.3 La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores	33
2.3.1 Procedimiento de Integración de la norma	34
2.4 La adopción internacional según la ley N° 19.620	38
CAPÍTULO III “VINCULACIÓN JURÍDICO-SOCIAL ENTRE CHILE Y HAITÍ EN EL MARCO DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL”	39
1. Comienzo social del conflicto	39
2. La búsqueda de una solución jurídica	40
CAPÍTULO IV “MARCO JURISPRUDENCIAL DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS HAITIANOS EN CHILE”	47

1. Recopilación de datos y jurisprudencia	47
2. Análisis de sentencias	54
2.1 Rol N°31428-2014	54
2.2 Rol N° 479-2012	58
2.3 Rol N° 2843-2014	62
2.4 Rol N° 45009-2012	66
2.5 Rit A-32-2012, RUC 12-2-0073017-6	69
CAPÍTULO V “RESPUESTAS PROCESALES A LAS FALENCIAS NORMATIVAS E INSTITUCIONALES”	75
1. Alternativas procesales	75
1.1 Procedimiento Exequátur	75
1.2 Procedimiento de susceptibilidad de adopción y adopción propiamente tal según las leyes chilenas	77
1.3 Aplicación Convenciones Internacionales	85
2. Deficiencias observadas en el sistema analizado	86
2.1 La legislación nacional	86
2.2 La institucionalidad: la falta de intervención por parte del Servicio Nacional de Menores (SENAME)	88
2.3 Instituciones vinculadas a niños extranjeros	90
2.4 El entorpecimiento del interés superior del niño	91
CONCLUSIONES	95
BIBLIOGRAFÍA	101

INTRODUCCIÓN

El martes 12 de enero del 2010 fue un día que marcó profundamente a Haití ya que un terremoto de magnitudes 7,3 en la escala de Richter, prácticamente destruyó el país, quedando en un estado de vulnerabilidad extremo. Nuestro país no quedó indiferente y desde el comienzo gestionó una serie de ayudas que se concretizaron en diferentes aspectos. Dentro de este mismo contexto social de colaboración es que nace un gran deseo por parte de familias chilenas de canalizar esta ayuda a través de las diferentes vías, en razón a que existió un gran contacto entre los chilenos que fueron enviados en misiones de paz y los niños que se encontraban en una situación de notable vulneración de sus derechos. Lo anterior provocó que las familias chilenas generaran una relación de apego con estos niños, motivando y decidiendo llevar a cabo el proceso de adopción de estos niños, siendo esta situación la que genera el conflicto jurídico que desarrollaremos a lo largo de este trabajo.

Adoptar es recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente. Así lo define la Real Academia Española y es también el concepto seguido por la Ley 19.620, actual Ley de adopción que rige en nuestro país. Ésta no comprende dentro de sus disposiciones una definición propia de la institución, al considerar el legislador que la entregada por la RAE era suficiente para adoptarla como sentido natural y obvio de la institución. Es así como esta ley, en su artículo 1º, comienza inmediatamente describiendo los objetos de la adopción.

La adopción internacional, por su parte, responde al mismo concepto mencionado anteriormente, con una característica especial: quien o quienes adopten al niño, lo harán desde un país extranjero, debiendo cumplir para ello una serie de requisitos exigidos en las legislaciones vigentes de ambas naciones involucradas. Llevando aquello a nuestro país, se trataría de la adopción de un menor de edad residente en Chile, por parte de cónyuges no residentes dentro del país, sean estos chilenos o extranjeros, acto que reviste las mismas características y produce iguales efectos que la adopción constituida por personas residentes en el territorio chileno.

Como veremos más adelante, la adopción internacional tiene una serie de principios que inspiran su regulación, caracterizando el hecho de actuar de forma subsidiaria a la nacional. Su origen como institución propiamente tal, tuvo lugar al finalizar la Segunda Guerra Mundial, ocasión en que los niveles de orfandad de menores aumentaron significativamente, de manera especial en los Estados vencidos. De ello se

hicieron cargo algunos países europeos en conjunto con los Estados Unidos, adoptando a estos niños extranjeros y llevándolos a sus naciones. Con el paso de los años, esta institución ha ido creciendo significativamente. Son numerosos los países que a través de sus leyes, convenciones y/o tratados internacionales suscritos han incorporado la adopción internacional a su regulación interna. Cada nación menciona diferentes requisitos, limitaciones, libertades y principios correspondientes a este acto jurídico.

Nuestra legislación para referirse a la adopción internacional sólo consideró el concepto de parejas extranjeras que quisieran adoptar niños chilenos, dejando sin regulación normativa ciertas circunstancias jurídicas que actualmente generan un conflicto, desamparando al sujeto principal de esta ley: el niño. Siendo así es que la situación descrita al inicio de esta presentación queda totalmente desprotegida de regulación alguna, nuestra legislación no contempló jamás la posibilidad de considerar la adopción extranjera teniendo como país de destino, el nuestro. Al no encontrar respaldo en ningún procedimiento claro se crea una desprotección que termina vulnerando los derechos de los niños, generando una necesidad jurídica que debe ser atendida por nuestro ordenamiento. Esta problemática es uno de los ítems que inspiran la investigación de esta memoria, toda vez que la regulación chilena actual de la adopción de niños haitianos no es compatible con el interés superior del niño como principio rector de la materia, porque resulta insuficiente y no apta para dar cumplimiento con este, dado que existe un conflicto gigante en entender cómo respetamos un derecho tan trascendental en atención a nula normativa tanto de nuestro país como por parte de Haití

Es precisamente este conflicto jurídico en el que nos enfocamos para la elaboración de esta memoria, efectuando principalmente un análisis jurídico de sus principales características, de su regulación en nuestro país, los procedimientos involucrados, las numerosas deficiencias legislativas, entre otros, todo ello a través del estudio del desarrollo jurisprudencial de nuestros tribunales, para establecer cuál ha sido el criterio utilizado por nuestro ordenamiento y efectuar un estudio de la eficacia y concordancia de las decisiones, con los principios rectores en esta materia. Para ello, materializaremos las diferentes problemáticas que ha conllevado la recopilación de jurisprudencia en esta materia, dando a conocer una nueva falencia que no se encuentra lo suficientemente desarrollada y que ninguna institución parece hacerse cargo

En el capítulo I comenzaremos dando a conocer el conflicto magro que genera el intercambio racial en relación a las migraciones entre países, dentro de las cuales se encuentra la adopción internacional. Para ello mostraremos la situación actual de nuestro

país, mostrando los avances y desarrollos sociales y económicos que permiten en la actualidad un crecimiento que nos llevan a ser referentes de la región y con ello ser país receptor de extranjeros en búsqueda de una nueva oportunidad de vida. Lamentablemente, todo este avance ha generado un cambio cultural y social que no ha estado de la mano de la normativa que regula estas situaciones, por lo que expondremos la problemática que genera la precaria legislación en materia de migración. A su vez, ahondaremos en la realidad específica del pueblo haitiano en nuestro país, para terminar hablando de la adopción internacional de niños haitianos, tema central de esta memoria.

Luego de este análisis, describiremos el procedimiento de adopción internacional en Chile, analizaremos los principios que orientan la legislación en la materia, específicamente al de subsidiariedad de la adopción, derecho a la identidad y, otorgándole un especial énfasis, al principio del Interés superior del niño. Por su parte, nos referiremos a la regulación de la adopción Internacional propiamente tal, analizando las normas internacionales más relevantes en la materia: la Convención sobre los derechos del niño, la Convención sobre protección del Niño y cooperación en materia de adopción internacional y la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores. Nos trasladaremos posteriormente a la legislación nacional, revisando detenidamente la ley n°19.620, desde el enfoque internacional, efectuando un análisis del tratamiento que se le otorga a la Adopción en este ámbito.

En el Capítulo III introduciremos la vinculación existente entre nuestro país y Haití en atención, específicamente, a lo relativo a la adopción de niños haitianos. Para ello, expondremos de manera consecucional cómo fue el desarrollo del conflicto jurídico y social que derivó esta intención, además de incluir las diferentes problemáticas que se enfrentaron las familias chilenas, tanto por la falta de regulación que hemos mencionado, como la negativa por parte de las instituciones chilenas, a que llevaran a cabo estas adopciones internacionales. Finalmente daremos a conocer cuál fue la solución aparente que se brindó para esta situación que enfrentaba nuestro país.

En el Capítulo IV de esta tesis haremos un análisis jurisprudencial relativo a cómo se ha intentado solucionar en la práctica la problemática planteada. Para ello daremos a conocer todas las dificultades que significó la recopilación de los antecedentes jurisprudenciales, mostrando todas las instituciones vinculadas al proceso de adopción, y cómo estas tampoco dan cuenta de una protección de los intereses de los niños involucrados.

En el Capítulo V, se dará cuenta del diagnóstico obtenido respecto a la actual situación de la adopción internacional, brindando las alternativas procedimentales para subsanar la falencia legislativa. Posteriormente mostraremos cómo el análisis jurisprudencial realizado da cuenta de otras falencias que permiten reconocer de la vulneración tanto de principios como tratados internacionales.

Finalmente mencionaremos las críticas objetivas respecto a nuestra realidad normativa, respectivas y generando una propuesta respecto de los parámetros que debe tener nuestra legislación y autoridades para poder subsanar la problemática planteada.

CAPÍTULO I “ORIGEN DEL PROBLEMA: FALTA DE ADECUACIÓN NORMATIVA A LA REALIDAD ACTUAL DEL PAÍS DENTRO DEL CONTEXTO LATINOAMERICANO”

1. Discordancia normativa con la realidad chilena actual

Es un hecho que en las últimas décadas, Chile ha sido un país de cambios. No han sido pocas las transiciones importantes en ámbitos sociales, políticos, económicos, entre otros, que han requerido una rápida adaptación a situaciones que anteriormente no se encontraban dentro del radar de posibilidades para nuestra nación.

Una clara muestra de aquello la vemos en las mejoras en el desarrollo y economía chilenas en los últimos años. De acuerdo al análisis efectuado por el Banco Mundial, “Chile ha sido una de las economías de más rápido crecimiento en Latinoamérica. Esto le ha permitido una importante reducción de la pobreza. Por ejemplo, entre 2000 y 2015, la proporción de la población considerada pobre (US \$4 por día) se redujo del 26 a 7.9 por ciento”.¹ El año 2010 en tanto, Chile pasa a ser el primer país sudamericano miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Esta misma, en su sitio web dispone respecto a dicho acontecimiento que “La aceptación de Chile a formar parte de la OCDE como país miembro representa un reconocimiento internacional a dos décadas durante las cuales Chile ha reformado su sistema democrático y sus políticas económicas. Para la OCDE, la adhesión de Chile representa un momento histórico en su misión por construir una economía más fuerte, más limpia y más justa.”² El año 2017 por su parte se dio a conocer el alto índice de desarrollo humano con el que cuenta nuestro país, centrándose este en tres dimensiones: esperanza de vida al nacer, años promedio de escolaridad y años esperados de esta y el ingreso nacional bruto per cápita. Respecto a ello se señala: “Chile, en el puesto 38 y Argentina en el 45, son los únicos países latinoamericanos que registran un desarrollo humano “muy alto”.³

Estas cifras demuestran cómo indiscutidamente nuestro país ha sostenido niveles extraordinarios de crecimiento, pasando a ser incluso una especie de referente dentro del

¹ BANCO MUNDIAL. Chile, Panorama General, [en línea]
<<http://www.bancomundial.org/es/country/chile/overview>> [Consulta: 03 de septiembre de 2017]

² OCDE. Chile, primer país sudamericano miembro de la OCDE, [en línea]
<<http://www.oecd.org/chile/chileprimerpaissudamericanomiembrodelaoecd.htm>> [Consulta: 03 de septiembre de 2017]

³ EL MERCURIO. Chile registra el índice de desarrollo humano más alto de la región y ocupa el lugar 38 a nivel mundial [En línea]
<<http://www.emol.com/noticias/Economia/2017/03/21/850499/Chile-lidera-Indice-de-Desarrollo-Humano-de-Latinoamerica-elaborado-por-la-ONU.html>> [Consulta: 03 de septiembre de 2017]

continente latinoamericano, realidad que en tiempos no tan antiguos era absolutamente impensada.

Todo lo descrito, se ha visto reflejado no sólo en meras estadísticas ni índices internacionales, sino también en hechos claros y concretos: un aumento explosivo de la migración latinoamericana hacia nuestro país, mayor demanda de la educación superior, creación de nuevas fuentes laborales y eliminación de otras antiguas, mayor urbanización, la llegada de nuevas aerolíneas, mayor participación internacional de nuestro país, entre otros.

La sociedad dinámica en que vivimos, requiere ser capaz de adaptarse a estas nuevas situaciones, especialmente cuando hablamos de cambios que, de cierto modo, se han producido en niveles y ritmos superiores a los usuales. Un cambio social por ejemplo, muchas veces trae consigo la necesidad de generar rápidamente uno cultural. O uno político, generalmente acarreará de igual forma una transformación en la economía. Pero todo ello debe ir frecuentemente acompañado por algo más, que guíe y rija dicho proceso de adaptación: un proceso legislativo.

Las leyes nos permiten una adaptación normada a este dinamismo en el que estamos insertos. Estas deben encontrarse actualizadas y afines a los cambios, incluyendo dentro del tipo legal las nuevas situaciones jurídicas que pudieran producirse y que hasta entonces no se han visto regularizadas. De no realizarse aquello, se produce para dichas situaciones un vacío legal que difícilmente puede ser suplido por otro medio y que trae consigo una serie de problemas, entre los cuales se encuentra la falta de un verdadero acceso a la justicia para quienes se ven involucrados en la situación que no ha sido normada.

Es cierto que los cambios en nuestro país han sido en cierto modo abruptos, pero la verdad es que hoy resulta inexplicable la pasividad del legislador ante la clara necesidad de regular asuntos que ya hace un tiempo están derechamente constituidos como parte de la realidad chilena.

A partir de lo descrito anteriormente, queda de manifiesto que Chile ha sufrido importantes modificaciones en las últimas décadas, para los cuales se vuelve necesaria una respuesta concreta, vale decir, la creación de normas regulatorias. Aquello sin embargo, no siempre ha ido a la par, situación que podemos ver reflejada en dos instituciones que pasaremos a desarrollar a continuación, relacionadas directamente con el

tema central de esta tesis: la migración y la adopción internacional.

2. Un reflejo práctico: la migración

Este avance social que ha favorecido a nuestro país, junto con la cada vez más restrictiva posibilidad de emigrar a países europeos dado las políticas que ellos han asumido en el último tiempo; hacen que nuestro país se haya convertido en el lugar de destino de muchos migrantes de la región, todo en virtud de que “en general la gente se traslada por voluntad propia a lugares donde las condiciones son mejores. Más de tres cuartas partes de los migrantes internacionales se dirigen a un país con un nivel de desarrollo humano superior al de su lugar de origen.”⁴

Un concepto más completo de migración, está dado por la Organización Internacional para las Migraciones, la cual define a la migración como “el movimiento de una persona o grupo de personas de una unidad geográfica a otra, a través de fronteras administrativas o políticas, que desean establecerse definitiva o temporalmente, en un lugar distinto a su lugar de origen.”⁵

Dentro de las principales razones que motivan a extranjeros a tener a nuestro país como lugar de destino podemos encontrar:

- Niveles de desarrollo económico: para ello podemos tomar las palabras mencionadas por Stefoni, quien plantea que “el bajo nivel de desarrollo del país de origen de los inmigrantes que viven en Chile sería el factor de expulsión, y por otra parte el progreso y crecimiento económico, sumado a la estabilidad política, configuran un factor de atracción.”⁶ Lo anterior no implica el hecho de que nuestro país reciba exclusivamente inmigrantes de países con niveles económicos menores, si no que a ojos mundiales, resulta atractivo desarrollar actividades lucrativas por el crecimiento constante que experimenta Chile.

⁴ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (en adelante PNUD). 2009. Informe sobre Desarrollo Humano 2009, Superando barreras: Movilidad y desarrollo humanos, [en línea] <http://www.pnud.org.ec/IDH2009/HDR_2009_ES_Complete.pdf [consulta 30 de abril 2017] p. 2.

⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES [en línea] <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/migration-management-foundations/migrationhistory/lang/es> (consulta 30 de abril 2017)

⁶ STEFONI, CAROLINA, 2001. Representaciones culturales y estereotipos de la migración peruana en Chile, Programa Regional de Becas CLACSO. [en línea] <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/2000/stefoni.pdf> [consulta 5 de mayo 2017]

- Mercado laboral: esto deriva directamente del punto anterior, el desarrollo económico viene de la mano de un crecimiento laboral y, por ende, de una baja en la tasa de cesantía. Estos elementos son altamente atractivos tanto para personas calificadas o no, dado que el mismo trabajo realizado por una persona conlleva una remuneración cuantiosamente mayor a la obtenida en otros lugares de la región. Otra variable importante que señalan es el tamaño de sector informal en el país de origen y en el de destino, quiere decir, el trabajo no calificado y sin mucha regulación. Si este es “grande” implicaría una mayor facilidad para ingresar al mercado laboral y tener por lo menos la oportunidad de trabajar sin contrato, pero que tiene el contrapeso de que en general representa un tipo de trabajos de mala calidad y con bajas remuneraciones; esto último cobra notoria relevancia en nuestro país, donde podemos apreciar que la falta de regulación y control respecto a los trabajos que pueden optar los inmigrantes genera un abuso y vulneración de sus garantías mínimas.

- Comparación entre el ingreso y desarrollo del país de destino: en esto nos remitimos a lo enunciado anteriormente. Chile actualmente se encuentra entre los países más desarrollados de la región, por lo que en un criterio costo-beneficio, es más favorable emigrar a nuestro país que a alguno fuera del continente. Sumado a lo anterior, se reitera el hecho de que en los últimos años las políticas migratorias de los distintos países desarrollados han ido variando en leyes más restrictivas⁷

- Factores no-económicos: no sólo hay incidencia de factores económicos los que determinan el desplazamiento humano. Situaciones políticas complejas, necesidades afectivas, reunificación familiar, entre muchos otros son elementos que pueden resultar determinantes a la hora de evaluar la decisión de migrar

Luego de analizar los elementos que motivan este proceso migratorio, es trascendental hablar respecto a los efectos jurídicos que implica este cambio social y analizar si la normativa está acorde para regularizar estas situaciones.

Nuestro país no se caracteriza por tener una normativa actualizada en la materia. De hecho, la regulación dispuesta por el Decreto Ley 1094 y su Reglamento, ponen a Chile en una situación compleja a la hora de enfrentar jurídicamente el fenómeno migratorio.

⁷ Prueba de ello es el proyecto de ley S.534 enviado por el actual presidente de Estados Unidos, Donald Trump.

Esta ley de extranjería dictada en 1975, en un periodo en que nuestro país existía un conflicto social y político enorme, cuestión que queda plasmada en este decreto que da cuenta de la institucionalidad restrictiva de la migración, establecida durante la dictadura bajo la doctrina de la seguridad nacional⁸, no responde a los nuevos desafíos migratorios del país. El problema es que la institucionalidad no se ha hecho cargo de subsanar, a través de iniciativas políticas, legislativas o institucionales, la exclusión y constante discriminación que sufren aquellos inmigrantes que son catalogados como opuestos a la “identidad chilena” contemporánea, blanqueada, eurocéntrica, libremercadista y católico-conservadora⁹.

. Es así en cuanto esta normativa limita de sobremanera el ejercicio de derechos básicos, reconocidos por la Constitución Política a todos los habitantes de nuestro país, entre los que también se incluyen a los extranjeros; y por tanto, se atenta contra el principio del Derecho Internacional Privado de igualdad, que se encuentra establecido en la carta fundamental y reiterado en nuestro Código Civil en su artículo 57.

Con lo expuesto anteriormente podemos apreciar concretamente que la ley no se ha hecho cargo de ciertas situaciones específicas, como los casos de migrantes que llegan a nuestro país en una situación irregular, o de subsanar las dificultades que genera la ausencia de prestaciones básicas; todo esto en virtud de que la ley no brinda principios orientadores, derechos o deberes, por lo que los organismos encargados de hacer cumplir estas normas no cuentan con parámetros o directrices que brinden un criterio único que permita salvar estas falencias de fondo.

A su vez, y quizás de los mayores problemas que enfrentan los inmigrantes que llegan a nuestro país, es la falta de una institucionalidad migratoria independiente, ya que el principal órgano migratorio es el DEM, dependiente de la Subsecretaría del Interior, por lo que no contempla una autonomía suficiente para poder hacerse cargo de todos los desafíos que actualmente implica el fenómeno migratorio. Tampoco existe un procedimiento claro y preciso que oriente respecto a las solicitudes realizadas por extranjeros, lo que genera una grave problemática respecto del desarrollo que puede llegar a tener siquiera el inmigrante en nuestro país, y todo por esta ausencia de una institucionalidad que sea más completa y efectiva para la generación de esta política

⁸ STEFONI, C. (2003), Inmigración peruana en Chile. Una oportunidad a la integración. Editorial Universitaria, Santiago

⁹ LARRAÍN, J. (2001), Identidad Chilena, LOM ediciones, Santiago.

migratoria que plantea el artículo 91 del Decreto Ley.¹⁰

Siendo así las cosas, podemos ver que existen muchísimas falencias respecto a la normativa mencionada, incluso provocando que Amnistía Internacional y varias otras organizaciones más hayan sido enfáticas en decir que ya no se puede esperar más para reformar la legislación migratoria. Necesitamos una nueva ley de migración que sea respetuosa de los derechos humanos y que se haga cargo de la realidad actual de Chile, país cada vez más diverso y multicultural.

A pesar de todo lo mencionado, el fenómeno de la migración, contrario a lo que podría esperarse frente a lo que se acaba de exponer, está en un constante crecimiento, lo que nos lleva a preguntarnos los motivos que incitan su llegada a nuestro país. Siendo así las cosas, es que no se puede ser tajante respecto a las razones existentes para abandonar todo en el país de origen para aterrizar en el nuestro; es así como se debe analizar el caso específico de cada etnia para poder entender cuál fue la causa que ocasionó el movimiento migratorio. Dentro de los casos que se destacan tenemos la comunidad peruana, colombiana, venezolana, boliviana, argentina, dominicana, ecuatoriana. En todos estos casos, se puede determinar que si bien existen motivaciones compartidas (inspiradas en las ventajas comparativas de nuestro país ya expuestas), también existen razones de índole local para cada grupo étnico.

De lo anteriormente expuesto, podemos señalar el caso de un grupo específico de inmigrantes, quienes, incluso conociendo las barreras de entrada a nuestro país que mencionamos anteriormente, continúan constantemente realizando numerosos esfuerzos para poder obtener una nueva oportunidad de vida: los inmigrantes haitianos.

2.1 Migración de haitianos a Chile: razones de su llegada masiva a nuestro país

El primero de agosto de 2017, el Director general de Asuntos Consulares y de Inmigración de la Cancillería concurre frente a la comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Diputados con el objeto de dar a conocer el flujo migratorio proveniente desde

¹⁰ Artículo 91.- Corresponderá al Ministerio del Interior la aplicación de las disposiciones del presente decreto ley y su reglamento.

Ejercerá, especialmente, las siguientes atribuciones:

1.- Proponer la política nacional migratoria o de extranjeros con informe de los organismos que tengan ingerencia en cada caso [...]

Haití, y vislumbrar la procedencia de solicitar visa para quienes quieran ingresar a nuestro país. En este encuentro se dio a conocer que durante el 2016 llegaron 43.898 haitianos al país, y sólo en el primer semestre de 2017 la cifra ya había sido superada, puesto que los ingresos se calculaban en 44.289.¹¹

Este aumento sustancial por parte de la comunidad haitiana no está determinado al azar, para conocer las razones que motivan este ingreso a nuestro país, el Departamento de Extranjería y Migración emitió el año 2016 el primer Boletín Informativo sobre Migraciones Haitiana¹² que recopila datos relativos a cantidad de visas otorgadas y principales características de la comunidad que llega a nuestro país. A su vez, este informe busca responder la interrogante inicial que motiva la constante y gran emigración de haitiano de su país de origen, para elegir como país de destino el nuestro; para ello “tres preguntas orientaron principalmente los temas a destacar: i) Conocimiento sobre Chile, ii) Qué le cuenta su pariente sobre su situación en Chile y iii) Por qué cree que los haitianos van a Chile.”¹³

La primera interrogante da cuenta de que no se tiene un conocimiento profundo de nuestro país, existen conocimientos generales que dan a entender como características principales la seguridad y el mayor desarrollo frente a Haití. A su vez, Chile es un destino llamativo ya que la entrada a nuestro país resulta más accesible que otros países que pudieran tener mejores condiciones pero proyectos migratorios más restrictivos. En este sentido, la motivación que rige a la comunidad haitiana, no se diferencia de la que posee el resto de los migrantes de la región

Respecto a la pregunta relativa a situación de parientes, existe un “hallazgo de disonancia de expectativas en la medida que *<no era tan fácil como se pensaba y más aún si no se cuenta con acceso a trabajo>*. Un segundo ámbito son las apreciaciones de una condición de “soledad” (poniendo una voz de alerta sobre la salud mental del migrante). Los migrantes suelen transmitir hacia Haití que se encuentran *<bien>*, aunque cuenten con

¹¹ González, Valentina. “En sólo siete meses la migración haitiana a Chile ha superado el total del año pasado”, El Mercurio, 02 de Agosto de 2017, pág 5 [En línea] <<http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2017-08-02&dtB=02-08-2017%200:00:00&PaginaId=5&bodyid=3>> [Consulta: 03 de Septiembre de 2017]

¹² AMODE, Nassila; ORREGO, Cristián; ROJAS, Nicolás; SILVA, Claudia y VAZQUEZ, Jorge, “Boletín Informativo N°1: Migración Haitiana en Chile, Departamento de Extranjería y migración, Chile, 2016. [En línea] <<http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/09/boletin-1.pdf>> [Consulta: 31 de Agosto de 2017]

¹³ Ibíd. pág 8

pocas amistades chilenas y un incipiente contacto con otros compatriotas”¹⁴.

Frente a la consulta sobre las motivaciones que tenían para llegar a nuestro país, cabe mencionar que la “principal razón de migrar de las personas entrevistadas tiene que ver con un contexto de origen marcado por la carencia de oportunidades laborales y de desarrollo personal en Haití [...] pero no se trata de proyectos exclusivamente económicos, ya que muchos expresan expectativas de autorrealización en Chile”¹⁵. Con esto se da entender que consideran a nuestro país un destino que puede dar oportunidades que no están dentro del alcance en su país de origen. Siendo así es que muchos de los haitianos que llegan con sus familias tienen dentro de sus motivaciones obtener una mejor calidad de vida no sólo en el aspecto económico, sino que cobra especial relevancia materias como salud, alimentación y educación.

Frente a estas ilusiones y motivaciones, es necesario realizar un breve análisis respecto a la realidad que enfrenta la comunidad haitiana en nuestro país, específicamente relativo a los procesos de inserción social y laboral. El principal problema que sufren los haitianos tiene relación con la exclusión sociocultural, marcada por el racismo, que corresponde a una falla transversal de la inserción de los migrantes haitianos en la sociedad chilena, específicamente con lo vinculado a la discriminación racial. En línea con el desarrollo de un neoracismo, la discriminación cultural-racial se expresa la mayor parte del tiempo como un racismo sutil. En el trabajo –principal o único ámbito donde se relacionan con la sociedad chilena– las relaciones parecen estar marcadas por un trato diferenciado en favor de los chilenos. Incluso cuando consideran que las relaciones no son malas, identifican desventaja¹⁶. Este racismo se expresa generalmente de manera leve y los propios migrantes, lejos de reconocerlo, tienden a naturalizarlo o simplemente se refieren a tratos diferenciales que, según explican, no afectan el cumplimiento de sus objetivos en Chile, lo que da cuenta de que nuestro país tiene objetivos principalmente económicos, más que una oportunidad por la excelente calidad de vida que puedan obtener. Así, llama la atención su “umbral de tolerancia” particularmente alto frente a la discriminación. Analizando más específicamente los procesos de inserción según dimensión, el mercado laboral aparece como el principal -sino único- espacio de incorporación de haitianos dentro de la sociedad chilena. La inserción laboral de los

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid, pág 11.

¹⁶ ROJAS PEDEMONTE, N.; Amode, N. y Vásquez, J. (2016). “Racismo y matrices de “inclusión” de la migración haitiana en Chile: elementos conceptuales y contextuales para la discusión”. Polis, Revista Latinoamericana, Volumen 14, Nº 42, 2015, pág. 230. [En línea] <http://www.scielo.cl/pdf/polis/v14n42/art_11.pdf> [Consulta: 31 de agosto de 2017]

haitianos en Chile se caracteriza por una fuerte segmentación, en el sentido de que los migrantes haitianos suelen ocupar puestos poco valorados, mal remunerados, con altos niveles de riesgo y una carga laboral a veces abusiva”¹⁷. Llama tristemente la atención, el poco reconocimiento que existe de la cualificación de los inmigrantes haitianos, quienes describen el trato laboral como discriminatorio puesto que no existe un verdadero aprovechamiento de las capacidades que ellos tienen ya que no hay reconocimiento a la formación laboral ni social, sumado a lo anterior se incluye la barrera idiomática que conlleva una desventaja enorme a la hora de obtener empleo y la defensa de los derechos frente a posibles abusos en las condiciones mínimas laborales.

El Boletín Informativo da cuenta de otro aspecto problemático: la inserción es el tema de la vivienda y los importantes niveles de hacinamiento a los que están confrontados los migrantes haitianos y las malas condiciones en la que están obligados a vivir. Esto quedó demostrado en el censo realizado en abril de este año, en el cual mientras se realizaba trabajo en terreno, un grupo de censistas descubrió un inmueble con 50 habitaciones que no se encontraban contabilizadas, en donde se pudo constatar que existía una “estructura subdividida en piezas de tres por cuatro metros aproximadamente, donde habitan al menos tres personas por espacio, la mayoría ciudadanos haitianos”¹⁸. Para explicar esta situación, son los mismos haitianos quienes consideran que existe una fuerte discriminación y estigmatización en relación a su calidad de vida, aduciendo que los propietarios abusan de su precaria situación económica, y en muchos casos también inestabilidad migratoria, brindando unas condiciones paupérrimas de vida, ya que les brindan opciones que dan cuenta del hacinamiento y nula fiscalización por parte de las autoridades. El problema de esta situación es que los haitianos muchas veces no conocen los mecanismos adecuados para realizar sus denuncias, o tienen miedo de que su inestabilidad económica implique la posible deportación o separación de sus familias; todo esto motiva aún más a inescrupulosos que abusan de este estado de vulnerabilidad de los haitianos, aumentando la discriminación y desprotección de ellos.

En cuanto a la educación y salud, es posible apreciar que tanto para la atención primaria y educación primaria, se brinda un acceso común y universal, sin mayores diferencias que a nacionales, teniendo las mismas críticas respecto a la calidad de esta, especialmente respecto a la atención en salud. Cobra importancia la crítica que se realiza

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ La Tercera, “Censo devela gran hacinamiento de haitianos en inmueble de Quilicura”, 19 de Abril de 2017, Chile. [En línea] <<http://www.latercera.com/noticia/censo-devela-gran-hacinamiento-haitianos-inmueble-quilicura/>> [Consulta: 04 de Septiembre de 2017]

frente al acceso a educación superior, ya que nuestro país no reconoce los estudios realizados en enseñanza media en Haití, por lo que ellos deben realizar exámenes libres que acrediten su formación académica antes de poder postular a institutos o universidades; lo anterior genera una frustración mayor, dado que frente a la dificultad que resulta compatibilizar trabajos y estudios superiores, se suma el hecho de la accesibilidad a esta última.

Del análisis expuesto anteriormente, se puede concluir que la inserción de la comunidad haitiana en Chile sólo tiene un aspecto económico, se encuentran claramente insertos dentro de la masa productiva que destaca siendo mano de obra altamente competente y comprometida. Su falta de búsqueda de proyectos que incluyan otros aspectos, independiente de los económicos, es una respuesta al choque que implica la sociedad chilena y las oportunidades que esta brinda, sumado al elemento más trascendental: una falta de regulación que ampare la realidad social que implica ser inmigrante en Chile y la paupérrima legislación que oriente en la materia.

Lo anterior da cuenta de una problemática mayor, que justamente corresponde al tema que inspira esta tesis: la falta de una adecuación legislativa frente a la realidad existente en nuestro país. Si bien la sociedad se encuentra en un desarrollo constante que hace imposible lograr una ley que pueda abarcar de manera uniforme todas situaciones concretas que puedan producirse, es tarea del legislador ir reconociendo las falencias que no está regulando y hacerse cargo de ellas.

Por eso es necesario destacar de forma positiva ciertos avances relativos a proyectos relacionados con temas migratorios, tales como:

- Proyecto de nueva ley de migraciones
- Plan “Chile te recibe”
- Programa de reconocimiento de la nacionalidad a los menores nacidos en Chile y que eran inscritos como hijos de extranjeros transeúntes
- Instructivo Presidencial N°5 del año 2015, “Lineamientos e Instrucciones para la Política Nacional Migratoria”

Dicho lo anterior, de todas formas queda un gran camino que recorrer en materia legislativa, ya que estos aspectos no son los únicos en que se aprecian las falencias normativas, como lo veremos a continuación.

2.2 La adopción internacional de niños extranjeros por padres residentes en Chile.

Similar a lo descrito respecto a la migración es lo que ocurre con la adopción internacional. La reducción en los índices de pobreza, mayor esperanza de vida y estabilidad políticas anteriormente desarrolladas respecto a nuestro país, hacen que en definitiva este no sólo se vuelva atractivo para el desplazamiento de la población adulta desde el extranjero, sino que además entrega posibilidades, antes impensadas, para que niños residentes en otros países lleguen a Chile en búsqueda de una mejor calidad de vida. Esto último no sólo en calidad de migrantes con sus respectivas familias de origen, sino también como hijos o futuros hijos de padres chilenos, es decir, por medio de la adopción internacional.

La Real Academia Española define la adopción en sí de forma genérica, señalando que esta consiste en recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente.

Un gran número de autores se han referido igualmente al tema, otorgando diversas definiciones de la institución. Es así como el español Rivero Hernández, señala que la adopción es “el acto jurídico en cuya virtud se establece, entre adoptante y adoptado, una relación semejante a la paterno-filial”¹⁹.

Cesare Bianca, autor italiano, la define por su parte como “relación de filiación jurídica que se constituye entre sujetos no ligados por filiación de sangre”.²⁰

En nuestro país, Hernán Corral Talciani, define la adopción como “un acto jurídico de carácter judicial que tiene por objeto proporcionar a un menor una familia, distinta de la biológica, y que pueda brindarle el afecto y los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por la familia de origen”.²¹

La profesora chilena Maricruz Gómez de La Torre, indica que la adopción “es la relación jurídica que se establece entre adoptante y adoptado, constituida por sentencia

¹⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco en: LACRUZ VERDEJO, José Luis, LUNA SERRANO, Agustín, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco y RAMS ALBESA, Joaquín. Elementos de derecho civil IV, Derecho de Familia, Cuarta Edición. Barcelona, Bosch, 1997. pp.540-541

²⁰ BIANCA M., Cesare. *Diritto Civile 2. La famiglia. Le successioni*. Segunda Edición. Milán, Giuffrè, 1998. p. 297.

²¹ CORRAL TALCIANI, Hernán. El Nuevo Régimen Jurídico de la Adopción en Chile. Revista Chilena de Derecho. 28 (1): pp. 9-46, 2001.

judicial, cuya finalidad es proporcionar al segundo una formación 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 ella no pueda ser proporcionado por su familia de origen.”²²

La adopción internacional en tanto cuenta con una característica diferenciadora: la adopción del niño, niña o adolescente se producirá desde un país extranjero. Localizando ello ya en nuestro país, esta contemplaría dos hipótesis posibles: la adopción de un niño, niña o adolescente residente en Chile por parte de cónyuges no residentes en el país, o que se adopte un niño residente en el extranjero por parte de cónyuges que residen en Chile. Es esta segunda hipótesis en la que se abocará el presente estudio y que presenta actualmente una dificultad manifiesta a causa de la falta de adaptación de las leyes reguladoras a los cambios sociales ya descritos.

La Ley N° 19.620 es aquella que en nuestro país dicta las normas sobre adopción de menores, consagrando en su Párrafo Tercero la adopción internacional. A ella hace referencia en primer lugar el artículo 29 de dicha ley, en cuanto dispone que “la adopción de un menor por personas no residentes en Chile se constituirá de acuerdo al procedimiento establecido en el Párrafo Segundo de este Título y se sujetará, cuando corresponda, a las Convenciones y a los Convenios Internacionales que la regulen y hayan sido ratificados por Chile”. En sus siguientes artículos, la ley se limita a especificar esta hipótesis, detallando el proceso que deberá seguir la persona residente en el extranjero, para adoptar un niño chileno.

No existe por tanto, de parte de esta norma, mención, regulación o remisión alguna para la otra posible arista de la adopción internacional: simplemente se excluye del tipo legal el que parejas chilenas, o residentes en Chile, puedan adoptar un niño extranjero. Ello sin embargo tiene una explicación lógica, la cual tiene que ver precisamente con lo anteriormente descrito: la Ley no siempre responde a la par con los cambios sociales.

La ley N° 19.620 fue publicada el año 1999, en un Chile absolutamente distinto al que conocemos hoy. Aún no pasaba una década desde que se había retornado a la democracia y Chile difícilmente era considerado un país referente dentro del continente. En el contexto internacional, nuestro país tenía una posición radicalmente distinta a la

²² GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz. El Sistema Filiativo Chileno. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2007, p. 223.

que goza hoy, producto de los avances que ya fueron especificados en el primer apartado de este capítulo, y de otros tantos, que fueron ocurriendo de forma gradual, en particular a partir desde el año 2000. Antes de aquello, nos encontrábamos lejos de ser considerados como una nación cercana al desarrollo, estando aún en período de estabilización luego de los grandes acontecimientos políticos vividos, por lo que tampoco resultaba realmente concebible el que un niño, o una persona extranjera en general, viniera a Chile a buscar una mejor calidad de vida, que no había podido ser entregada en su país de origen. El pensamiento más natural del legislador fue entonces ponerse en la situación de que Chile se limitara a ser un Estado de origen, un “emisor” de niños, niñas o adolescentes para ser adoptados por personas residentes en el extranjero, omitiendo de este modo la opción de que un niño pudiese aquí satisfacer aquellas necesidades que no pudieron verse cubiertas en su nación de procedencia.

Hoy sin embargo, el escenario es distinto. Aún en vías al desarrollo y lejos de estar exentos de problemas, los avances chilenos posicionan al país de forma diferente en el contexto internacional. Sumado a aquello, nos encontramos aún en uno de los continentes con altos índices de pobreza e inestabilidad política y social, por lo que, esta nación se transforma en una que sí tiene oportunidades nuevas que ofrecer a quien no logró encontrarlas en su país de residencia. Así también opera la hipótesis no regularizada de adopción internacional: hoy es una posibilidad real el que un niño proveniente de otro país, que no cuente en él con una familia que pueda acogerlo y proveerle de lo que necesita para su cuidado y desarrollo, sí puede encontrar lo que requiere en Chile. Actualmente existe además, por nuestros compatriotas, un interés creciente en este tipo de adopción, así como también personas que cuentan con la disposición y medios para llevar esto a cabo. De tan solo plantearse la idea, sin embargo, se encuentran con este primer gran obstáculo que es impuesto precisamente por el legislador, el mismo que debiese estar atento al dinamismo y cambios de la sociedad chilena, y que como ya hemos sostenido, parece haberse quedado atrás en esta y otras realidades jurídicas actuales.

El resultado de aquello pasa a ser entonces en diversas ocasiones lamentable: existe una verdadera indefensión de aquellos eventuales padres adoptivos, y más aún para el niño impedido de una familia que lo quiera, o el que llega a Chile en situaciones irregulares, y que no encuentra en la justicia un camino para regularizarlas, lo que resulta absolutamente vulneratorio de su interés superior. Los tratados internacionales son para estos efectos, insuficientes, sobre todo si consideramos que muchos de los países de procedencia de estos niños, no cuentan con un mayor desarrollo del derecho

internacional y por tanto, no han ratificado ni participado de dichos acuerdos. El acceso a la justicia para ese niño, resulta entonces en Chile prácticamente nulo.

¿Cómo opera en los hechos la adopción de niños extranjeros por padres residentes en Chile? ¿Cuál ha sido la práctica jurisprudencial para estos casos? Eso es precisamente lo que buscaremos analizar en esta tesis, a partir de los casos de niños haitianos que han sido adoptados por padres con residencia en nuestro país. Tal como hemos hecho mención en el inicio de este trabajo, enfocaremos este estudio en los niños haitianos ya que el fenómeno social y cultural que provocó el inicio del interés de los chilenos por su adopción, está dado por un hito bastante marcado, como lo fue el terremoto, además de la particularidad jurídica que conlleva la falta de regulación y ratificación de instrumentos internacionales que regularan la materia, lo que implicó que la aplicación generara un problema jurídico de especial relevancia.

Nos enfocaremos específicamente en el análisis de la adopción de niños haitianos en atención al contexto social que ya hemos descrito anteriormente. El terremoto sufrido por Haití, sumado al evidente crecimiento en la inmigración de haitianos en nuestro país, da cuenta de que es necesario analizar específicamente a esta población, ya que una vez que se logre comprender el desarrollo de este fenómeno y se asuma la necesidad de regular legalmente esta situación, se podrá prever todas las dificultades ocurridas frente a la posibilidad de que esto ocurra nuevamente con otro país de origen, como podría darse en el caso de los países que actualmente se encuentran en guerras o situaciones de conflicto, tales como Siria, Palestina, Venezuela, etc.

CAPÍTULO II: REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN CHILE

1. Principios rectores de la adopción internacional

Tal y como se mencionó anteriormente, en Chile es la Ley N° 19.620 la que actualmente dicta normas sobre la adopción de niños, niñas y adolescentes, siendo la principal reguladora de este procedimiento en el país.

Antes de partir de lleno con las leyes reguladoras de la adopción internacional en nuestro país, creemos relevante la descripción y análisis breve de algunos principios que rigen dicha legislación, tanto a nivel internacional como local.

1.1 Interés superior del niño

Este principio constituye quizás el más importante dentro del Derecho de Familia y rige plenamente en todas aquellas instancias en que se vean involucrados niños, niñas y/o adolescentes. Es por ello que en materias como la adopción, todas sus normas, procedimientos, decisiones e interpretaciones deben efectuarse a la luz de este principio. Se encuentra expresamente regulado en el derecho positivo, tanto a nivel internacional como nacional:

1.1.1 Regulación en la Convención sobre los Derechos de los Niños

Si bien el interés superior del niño se encuentra regulado como principio en diversos instrumentos de carácter internacional, destaca dentro de éstos la Convención sobre los derechos de los niños. Ésta no sólo consagra el principio sino que “lo eleva al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas. Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio “rector-guía” de ella”.²³

²³ CILLERO, MIGUEL. El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. pp. 1-16

Recordemos que la Convención representa el tratado internacional de derechos humanos con mayor adhesión de países a nivel mundial y por tanto, su aplicación práctica no es menor. Que el interés superior del niño sea considerado su principio rector nos demuestra la relevancia que se le ha otorgado en los distintos ordenamientos jurídicos, como principio y fuente incorporada en sus legislaciones.

Aún cuando toda la convención se encuentra inspirada y “empapada” por este principio, existen varios de sus artículos que, en concreto, lo consagran de forma expresa:

En primer lugar el artículo 3 señala 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 la que se atenderá será el interés superior del niño.” Luego de éste, el principio se encuentra aplicado en diferentes instancias concretas. El artículo 9 por ejemplo señala que un niño, niña o adolescente sólo podrá ser separado de sus padres si ello responde a su interés superior.

Con respecto a la adopción, el artículo 21 de la Convención señala en su inciso 1° que “los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial (...)”. Es ese carácter primordial del principio el que muchas veces se ve vulnerado, tanto en sede internacional como nacional, cobrando mayor importancia en ocasiones la legalidad estricta, la opinión de los familiares, entre otros factores que equivocadamente se imponen sobre el principio pese a su relevancia. Este artículo será desarrollado más adelante en esta misma tesis, en la sección relativa al análisis de las normas que regulan la adopción internacional.

1.1.2 Regulación en la legislación nacional

También a nivel nacional el principio del interés superior del niño cuenta con una amplia regulación. En primer lugar y en términos genéricos, el artículo 16° de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia señala en su inciso 2° que “el interés superior del niño, niña o adolescente y 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”. De esta manera, la legislación nacional de familia incorpora dentro de sus normas este principio rector para instancias en que se vean involucrados niños, niñas y adolescentes.

En materia de adopción en tanto, igualmente se hace referencia específica al interés superior del niño. Es el caso por ejemplo del artículo 1° de la ley 19.620, en tanto señala que “la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado (...)”, y así aparece mencionado como principio guía en varias ocasiones. El reglamento de la ley la complementa también en su artículo 1°, afirmando éste que “las disposiciones del presente reglamento se aplicarán considerando siempre el interés superior del niño”.

No puede decirse entonces, que el interés superior del niño esté consagrado en términos amplios e inexactos, o que pueda ser objeto de omisión o descuido durante el desarrollo de un procedimiento de adopción. La legislación chilena e internacional lo contempla de manera tal que se desprende con excesiva claridad que es éste el principio rector y guía de cualquier instancia en que puedan verse en algún modo involucrados los niños, niñas y adolescentes, especialmente en materias como la adopción.

1.1.3 Concepto

El concepto de interés superior del niño ha significado fuertes discrepancias doctrinarias a nivel mundial. Y es que aún con toda la relevancia que se le ha dado en los diversos ordenamientos jurídicos, persisten las dudas acerca de su verdadero significado y alcance. Así también lo afirma Miguel Cillero, cuando señala que “generalmente se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico”²⁴. Es así como la supuesta vaguedad del término ha provocado que en variadas normas legales e interpretaciones de estas se produzca una omisión total o parcial del que es el principio más importante de los procedimientos en que se ven involucrados los niños, niñas y adolescentes. Incluso existen quienes creen que el principio ha dado paso a una amplia discrecionalidad a la hora de tomar decisiones judiciales respecto a los niños.

Ante esta realidad, tanto a nivel doctrinal, como legal y jurisprudencial, se ha intentado otorgar precisión al concepto del principio y permitir de este modo una interpretación uniforme de éste. Es así como el mismo autor, Cillero, afirma que “desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones

²⁴ Ibid., p. 2

pragmáticas del interés superior del niño y es posible afirmar que es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos en este caso se identifican”.²⁵

El reglamento de la Ley n°19.620 lo define en términos similares, señalando, en el inciso 2° de su artículo 1, que “dicho interés superior considerará su realización personal, espiritual y material y el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

En conclusión, podemos señalar entonces que el principio del interés superior del niño no es más que la máxima realización que puedan tener los derechos del niño, entendiendo aquellos como los estipulados en el catálogo ofrecido por la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños. Estos son, a grandes rasgos: Derecho a la identidad y la familia, a expresarse libremente y el acceso a la información, a la protección contra el abuso y la discriminación, a la educación, a una vida segura y sana y a la atención especial para los niños impedidos.

La legislación que norme por tanto la adopción internacional de niños, niñas y adolescentes debe estar absolutamente impregnada de este principio, y velar de forma especial por la máxima realización de los derechos que se ven en esas circunstancias en juego: el derecho a la identidad y a la familia, protección contra el abuso, a una vida segura y sana, entre otros. Son estos mismos los que deben respetarse por sobre todo al momento de llevarse a cabo un proceso de adopción internacional, con objetivos tan loables, pero a su vez tan riesgoso en caso de que no sea el interés superior del niño el que lo rija. En más de una ocasión será necesario a su vez el efectuar una ponderación de los derechos del niño. Por ejemplo, al configurarse una adopción internacional, es probable que se esté dando preferencia al derecho a tener una familia, o una vida segura y sana, antes que el derecho a la identidad, toda vez que dicha institución significa sacar al niño de su país y cultura de origen. Ahora bien, a la luz su interés superior, ello en modo alguno puede significar una vulneración de su derecho a la identidad, sino que debe velarse siempre por su máxima realización, dentro de la realidad del proceso que se está llevando a cabo.

Es precisamente este ejercicio de ponderación el que en ocasiones deja de realizarse de forma óptima, excusándose aquello en una supuesta “vaguedad” del

²⁵ Ibid., p. 8

concepto del interés superior, el cual tal y como ya se señaló, tiene una clara significación que debe ser bajo toda circunstancia respetado, especialmente en procesos tan delicados como el que nos encontramos tratando.

1.2 Derecho a la identidad

El Derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes se encuentra regulado en el artículo 7° de la Convención sobre los Derechos de los Niño, haciendo referencia a la necesidad de inscripción inmediata del niño después de su nacimiento, a la posibilidad de conocer su origen, etc. Esta Convención será tratada en detalle más adelante.

Respecto a la adopción, particularmente la internacional, este principio cobra vital importancia pues es en instituciones como ésta en que la identidad del niño puede verse gravemente afectada. “El niño siempre tendrá derecho a conocer sus orígenes pues toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres. Sólo así sabrá quién es él”²⁶, de manera tal que aún adoptado, podrá conocer su origen, su historia personal y su familia biológica. Es tanta la importancia que se le ha dado al derecho a la identidad a nivel internacional, que existen algunos ordenamientos jurídicos que han considerado un nuevo modelo de adopción: es el caso de Estados Unidos, que agrega la llamada *open adoption*, en la cual, los padres biológicos conocen a los adoptantes, compartiendo su información identificatoria y manteniendo el contacto con ellos y con el niño durante el paso del tiempo²⁷. El sitio web estadounidense de *American Adoptions*, agencia de adopción originaria de ese país, señala respecto a ello: (...) *Open adoption refers to any adoption relationship between the adoptive family and birth parents in which identifiable information as well as contact are shared between both parties.*²⁸ De este modo el adoptado no pierde contacto con sus raíces biológicas y desarrolla una identidad basada en su realidad de vida. Ha sido tanto el desarrollo de esta institución en la nación norteamericana, que de acuerdo al mismo sitio web, actualmente es ese método el que predomina en las solicitudes por parte de las madres biológicas. En ese sentido, se señala por la agencia antedicha: *Closed adoptions are becoming less requested by birth mothers every year - an estimated 1 out of every 10 - unlike adoptions in the past where*

²⁶ RAMOS PAZOS, René. Las nuevas normas sobre adopción. Revista de Derecho Universidad de Concepción, Nº 205, año LXVII, Junio, 1999

²⁷ INDEPENDENT ADOPTION CENTER. *Open Adoption Quick Facts* [En línea]. Disponible en: <<http://www.adoptionhelp.org/open-adoption>> [Consulta: 18 de mayo de 2017]

²⁸ AMERICAN ADOPTION, AMERICA'S ADOPTION AGENCY. *Open Adoption vs. Closed Adoption* [En línea]. Disponible en: <https://www.americanadoptions.com/adopt/open_adoption> [Consulta: 08 de julio de 2017]

*an overwhelming majority were closed.*²⁹

Respecto a esto, cabe destacar el hecho de que Estados Unidos es una de las 2 naciones del mundo que NO ha ratificado la Convención de los Derechos del Niño³⁰. Si bien una adopción del tipo “abierta” como la que es posible establecer en el país norteamericano, regulada de forma rigurosa, no nos parece incompatible con los principios y normas de dicha convención, ni tampoco de la Convención de la Haya, que en su artículo N° 30)³¹ establece claramente el derecho a la identidad que analizamos, si creemos que Estados Unidos, en cuanto a su regulación de la institución en comento, se ha caracterizado públicamente por tener normas más flexibles, que no destacan precisamente por su rigurosidad. Respecto a ello, se señala entre otras cosas que “En EEUU las normas para adoptar relativas a la familia adoptante son menos estrictas que en otros lugares (...) los procedimientos para determinar si una familia o una persona que quiere adoptar es apta, son más relativos que en otros países”³², lo que naturalmente puede en ocasiones resultar favorable a la realización de derechos como el de la identidad de los niños, niñas y adolescentes adoptados, pero también implica menores resguardos, y un eventual descuido de otros derechos igualmente relevantes para la familia adoptiva y el niño.

El artículo n°8 de la Convención de los Derechos del Niño establece el derecho a la identidad, señalando que “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. Consagra de este modo positivamente la importancia que tiene para un niño el ser parte de una sociedad y sentirse parte de un todo que lo caracteriza y distingue de los demás.

La Convención consagra el derecho a la identidad desde el punto de vista de las formalidades que implica el estar inserto en una sociedad, esto es, las inscripciones

²⁹ Ibid.

³⁰ OLIAS, LAURA, “EEUU y Sudán del Sur, los únicos países que no han ratificado la Convención de los Derechos del Niño” [En línea]. Disponible en: <http://www.eldiario.es/desalambre/Somalia- Unidos-Convencion-Derechos-Nino_0_355215165.html> [Consulta: 10 de septiembre de 2017]

³¹ Artículo 30). 1) Las autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres así como la historia médica del niño y de su familia. 2) Dichas autoridades asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento, del niño o de su representante a esta información en la medida que lo permita la ley de dicho Estado.

³² GUIA INFANTIL. Normas Legales de Adopción en EEUU [En línea]. Disponible en: <<https://www.guiainfantil.com/articulos/familia/adopcion/normas-legales-de-adopcion-en-eeuu/>> [Consulta: 08 de julio de 2017]

pertinentes en el Registro Civil, la nacionalidad, etc. A raíz de esto, el pensamiento generalizado es que la adopción internacional debe ser considerablemente más limitada y restrictiva, toda vez que es considerada susceptible de atentar contra el derecho a la identidad de los niños al ser éstos removidos de su país de origen.

1.3 Subsidiariedad de la adopción

Recordemos que, en virtud de éste, debe preferirse siempre que el niño, niña o adolescente pueda quedarse con su familia de origen o, sin ser esto posible, que sea criado por su familia biológica. La adopción sólo podrá considerarse si así lo requiere el interés superior del niño, principio que incluye a todos los otros y como tal deberá ser considerado en toda instancia del procedimiento de adopción. En ello además inciden los derechos de los padres, toda vez que son éstos los que tienen el derecho constitucional y legal de educar a sus hijos.

Cabe destacar igualmente que la subsidiariedad en materia de adopción internacional opera de manera doble: La subsidiariedad de la adopción propiamente tal, dándose preferencia a la permanencia del niño en su familia biológica, y la propia de la adopción internacional, que operará en aquellos en que el niño no tenga una familia, biológica ni adoptiva, idónea para su cuidado dentro del país. Esto último tiene que ver igualmente con el derecho a la identidad del niño anteriormente descrito, ya que tiene como supuesto el entender que es más favorable para el niño mantenerse en el país de origen que salir de este. Ello basándose tanto en el principio de la identidad como en la situación de adaptación que implica el proceso de adopción, generando la idea de continuidad ambiental una integración más rápida. Algunos además consideran que dentro del rol de protección que debe tener el Estado se incluye este aspecto, ya que así existe una seguridad de que al mantener al niño en el país, se logrará brindar los derechos y garantías que el Estado estime necesarios para este, sin poder tener el mismo resguardo en el caso de adopciones internacionales en las cuales se somete al niño a otra jurisdicción

Habiendo analizado brevemente algunos principios que rigen la adopción de un niño, niña o adolescente, nos adentraremos de lleno en el estudio de la regulación existente de la adopción internacional, tanto en el caso del ordenamiento jurídico interno, como en los tratados internacionales suscritos por nuestro país.

2. Normas que regulan la adopción internacional

Es numerosa la normativa que ha regulado la adopción internacional, ya sea en términos genéricos, mencionando la materia en algunos de sus artículos, o específicamente siendo éste el tema principal de sus disposiciones. Estas normas buscan ofrecer una pauta común de regulación a los países que adhieren a ellas y en definitiva, poder llenar también ciertos vacíos y conflictos legales que pudiesen existir en la legislación interna de los Estados con respecto a una materia tan delicada como es la adopción internacional.

En el caso chileno, el artículo 29 de la ley N°19.620 señala que “la adopción de un menor por personas no residentes en Chile se constituirá de acuerdo al procedimiento establecido en el Párrafo Segundo de este Título y se sujetará, cuando corresponda, a las Convenciones y a los Convenios Internacionales que la regulen y que hayan sido ratificados por Chile”.

A continuación haremos un análisis de las principales Convenciones Internacionales vigentes en nuestro país que regulan la adopción internacional.

2.1 La Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño se aprobó por Naciones Unidas en noviembre del año 1989 y “busca promover en el mundo los derechos de niños y niñas, cambiando definitivamente la concepción de la infancia”³³. Esta última en relación a que, a partir de la Convención, los niños efectivamente son vistos como sujetos de derecho de forma autónoma y no dependientes a los padres.

La Convención se rige por cuatro principios fundamentales: la no discriminación, el interés superior del niño, la supervivencia, desarrollo y protección del niño, y su derecho a participar en las decisiones que le afectan. Es un tratado internacional que reconoce los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes como sujetos de protección especial. Fue ratificada en Chile en agosto del año 1990.³⁴

³³ UNICEF. Convención sobre los Derechos del Niño. Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 [en línea] <<http://unicef.cl/web/convencion-sobre-los-derechos-del-nino/>> [Consulta: 15 de mayo de 2015]

³⁴ Decreto N° 830 de 1990

Sólo el artículo 21 hace referencia expresa a la adopción en cuanto señala que “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial (...)”. Posteriormente, enumera una serie de reglas y principios que deberán seguirse por parte de los Estados que adhieren a la Convención en materia de adopción, a saber:

- Otorgan responsabilidad a las autoridades competentes, encargándoles la elaboración de leyes, asesorías y determinación de procedimientos reguladores de la adopción.
- Reconocen la adopción internacional como un medio apto para dar cuidado al niño, poniendo énfasis en su carácter subsidiario frente a la nacional. Además encarga a las autoridades el cuidado del niño adoptado en otro país, teniendo en consideración especial las garantías y derechos asegurados en éste y evitando el tráfico de niños.
- Buscan la promoción y adopción de acuerdos internacionales que complementen lo establecido por este artículo entre los diferentes Estados adherentes a la Convención.

Como puede observarse, la Convención sobre los Derechos de los Niños establece pautas y lineamientos amplios y de carácter general acerca de la adopción internacional, realizando además una especie de invitación a que sus disposiciones sean complementadas con acuerdos y normativas posteriores entre los Estados adherentes, que la regulen de manera más precisa.

Lo más relevante de este artículo es que efectivamente reconoce la adopción como un medio idóneo para otorgar al niño, niña o adolescente el cuidado que no pudo ser entregado en su país de nacimiento. Es decir, reconoce también la importancia de que se le dé en los diferentes Estados una debida regulación, poniendo énfasis en que actuaría de manera subsidiaria a la adopción del niño por personas residentes en su país.

2.2 La Convención de La Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional

El origen de este tratado estuvo dado precisamente en el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos de los niños antes analizada, toda vez que su redacción

fue iniciada por la Conferencia de La Haya para poner en práctica la invitación que éste realiza a adoptar acuerdos y arreglos en materia de adopción internacional. Fue firmada en mayo del año 1993, adhiriéndose Chile en agosto de 1999³⁵. Surge en tiempos en que la adopción internacional pasaba a ser un fenómeno de nivel mundial, habiendo un aumento considerable de adopción de niños provenientes de países en vías de desarrollo (Estados de Origen) hacia países desarrollados (Estados de Recibo). Ello provocó una serie de irregularidades y complicaciones tales como el tráfico ilegal de niños, niñas y adolescentes, lo que reveló la necesidad de crear un instrumento multilateral que pudiese unificar las normas de derecho internacional privado en esta materia.³⁶

En cuanto a su contenido, cabe señalar que esta Convención no busca la creación de nuevos derechos para los niños, niñas o adolescentes, sino regular cooperativamente la adopción internacional entre los Estados partes. Señala el encabezado de la Convención, entre otras cosas que “(...) la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen” y que hay convicción acerca de “la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños”. En este contexto se firma el tratado, presentando tres principales características: fortalecimiento de la protección otorgada a niños, niñas y adolescentes en el contexto de la adopción internacional, establece la cooperación entre Estados en este ámbito y reconocimiento de las adopciones que se efectúen en conformidad a la Convención ³⁷. Además, al igual que la Convención sobre los Derechos del Niño, le da un rol fundamental al interés superior del niño como principio rector de la materia. En su negociación se tuvieron en mente tres objetivos principales:

- Asegurar que no se adopte a ningún niño de un país extranjero a menos que se compruebe que la familia de origen no puede hacerse cargo de él y no existe ninguna otra forma idónea para otorgarle un cuidado alternativo en su país de residencia.

³⁵ Decreto N° 1215 de 1999

³⁶ VILLALTA Vizcarra, Ana Elizabeth. La Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional. Ponencia “Seminario de AMEDIP”, realizada en septiembre de 2013. Guadalajara, México p. 5.

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. [En línea] <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/11782.pdf>> [Consulta: 15 de mayo de 2017]

- Definir criterios y mejorar los procedimientos de adopción internacional.
- Eliminar y prevenir abusos de adopción internacional, como el caso del tráfico de niños y el secuestro de éstos.

El n°1 del artículo 2° de la Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional establece el ámbito de aplicación de ésta señalando que regirá cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (el Estado de origen) ha sido, es, o va a ser desplazado a otro Estado contratante (el Estado de recepción), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.

En sus primeros artículos pone énfasis en que la adopción responda efectivamente al interés superior del niño, y de este modo:

(i) Resalta la importancia de comprobar la idoneidad de los padres para recibir al niño, niña o adolescente, así como también de la adecuada competencia y preparación de las autoridades intervinientes en el proceso. Destaca la importancia de preservar la identidad del niño para que éste, si lo desea, pueda tener acceso bajo ciertas condiciones.

(ii) Establece la obligación para los Estados adherentes de designar una autoridad central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones de la Convención, regulando algunas actuaciones y comportamientos que para estos efectos deberán cumplir. Esta autoridad tendrá a su cargo el control previo y posterior a la adopción y deberá velar por el interés superior del niño en todas las etapas de este proceso, sujetándolo a un constante control administrativo. Otras funciones entregadas por la Convención a las autoridades centrales son: agilizar los procedimientos de adopción conforme a derecho, llevar un registro de todos los niños, niñas y adolescentes adoptados, coordinar las prácticas de los diferentes organismos intervinientes en el proceso, supervisar las actividades de posibles instituciones intermediarias en cada país, recibir peticiones de adopción, declarar la adoptabilidad del niño, entre otras.

(iii) Dispone ciertas condiciones mínimas que deberán cumplir los procedimientos respecto a adopciones internacionales, estableciendo además para ello normas de carácter procesal, funcionando éstas como pautas unificadoras para las legislaciones nacionales que pudiesen adoptar los diferentes estados regulando la adopción

internacional.

Señala en cuanto al procedimiento, que los padres que deseen adoptar un niño, niña o adolescente residente en otro Estado miembro, deberán contactar a la autoridad Central de su residencia. Al emitir ésta un certificado de idoneidad de los probables adoptantes, deberá además preparar un informe que haga referencia a su identidad, aptitud para adoptar, condiciones personales, motivos que lo llevan a adoptar, capacidad para participar de una adopción internacional y los niños que podrían tener a su cargo. Posteriormente, la autoridad central del Estado de recepción deberá hacer entrega de este informe a la autoridad central del Estado de origen (el de la residencia del niño), la cual deberá investigar la existencia de un niño susceptible de ser adoptado. Si considera que existe, deberá a su vez preparar un informe referido a su identidad, idoneidad para la adopción, evolución personal y familiar, medio social, antecedentes médicos y necesidades particulares. Su principal labor será sin embargo, en palabras de la misma Convención, el asegurarse que la adopción internacional vaya en favor del interés superior del niño, niña o adolescente.

(iv) Señala los efectos que tendrá una adopción realizada válidamente en conformidad a la Convención. Destaca en este punto el artículo nº 23, señalando que “Una adopción certificada como conforme a la Convención por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes”, buscando con esta norma reafirmar la jerarquía de la Convención como reguladora de la adopción internacional en los diferentes Estados adherentes. Cabe mencionar también el artículo nº26, el cual aclara que el reconocimiento de la adopción importa además el reconocimiento: “del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos; de la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo y de la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su padre y su madre, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar”.

Es destacable el respeto guardado por la Convención hacia la legislación de cada país, mencionando en más de una ocasión el orden público interno y normas nacionales como límite a su aplicación. Ello se ve reflejado principalmente en el artículo 28, en cuanto señala que “la Convención no afecta a ley alguna de un Estado de origen que exija que la adopción de un niño con residencia habitual en ese Estado tenga lugar en ese Estado o que prohíba la colocación del niño en el Estado de recepción o su desplazamiento al Estado de recepción antes de la adopción”.

Otro deber impuesto a los Estados por la Convención, es el establecimiento de una red internacional de comunicación, con el fin de coordinar sus prácticas y esfuerzos, buscando soluciones conjuntas a los problemas y complicaciones que pudiese traer consigo la adopción internacional. Se ve reflejado en ello el principio de cooperación internacional que la Convención marcadamente quiere fomentar en materia de adopción.

2.3 La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores

Como hemos podido analizar a lo largo de esta memoria, la adopción como institución ha sobrepasado el derecho interno, existiendo en los últimos años un aumento creciente de adopciones de niños realizadas a nivel internacional, lo que trae consigo complicaciones en cuanto a la nacionalidad, estado civil, competencia y conflicto de leyes. Ello conlleva a la necesidad de contar con normas internacionales que puedan resolver estos problemas de manera satisfactoria ³⁸.

Es este el objetivo de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores, adoptada en La Paz el 24 de mayo del año 1984 por la 3ª Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. En Chile por su parte entra en vigor el 16 de febrero de 2002³⁹.

José Leonel Andrade, autor mexicano, señala que: “Se hizo necesario enfrentar el problema desde un punto de vista jurídico, mediante la preparación de una ley uniforme que suprimiera la diversidad legislativa, problema por demás complejo debido a que la materia a tratar se encuentra ubicada en la esfera de competencia estatal, es decir, en ámbito local (...) se hace difícil encontrar una solución multilateral”⁴⁰.

La tendencia principal de la Convención consiste en otorgar seguridad y protección de los niños del territorio latinoamericano que son adoptados en otras naciones. Es en razón de ello que el procedimiento que debe seguir la adopción, los requisitos para ser adoptado, la capacidad y el consentimiento se regirán por la ley de residencia habitual del niño, niña o adolescente. Los requisitos para adoptar en tanto se

³⁸ ANDRADE Alarcón, José Leonel. Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción p.147 [En línea]
<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/4/pr/pr10.pdf>> [Consulta: 18 de mayo de 2015]

³⁹ Decreto N° 24 de 2002

⁴⁰ Ibid., p. 148

rigen por la ley del Estado de quien pretende llevar a cabo la adopción

La competencia judicial para otorgar la adopción será igualmente la del Estado de residencia del niño que va a adoptarse, mientras que la competencia para conocer la nulidad de la adopción es el país en que se efectuó su otorgamiento. En cuanto al conocimiento de los problemas entre el adoptado y el adoptante, este será labor del organismo correspondiente a la residencia habitual del adoptante, sin embargo, la Convención otorga siempre preferencia al juez que por razones territoriales tiene mayor conocimiento del niño, niña adolescente. Es por ello que, respecto de las condiciones comunes de ambas partes, deben ser sometidas a una ley única, aún cuando la Convención no especifica qué ley regirá, se deduce que es la ley del adoptado, ya que de existir dos leyes aplicables se aplicará la de este último.

En cuanto al ámbito de aplicación de la Convención, cabe señalar que éste no es exclusivamente regional, ya que permite igualmente la adhesión a Estados ajenos al sistema Interamericano, como puede ocurrir en el caso de España, siempre que no contravenga el orden público interno.

Esta Convención viene entonces a solucionar los posibles conflictos entre las diversas legislaciones en materia de adopción internacional. Sin embargo, es necesario analizar también cómo operaría una integración de la norma, es decir, el procedimiento a seguir en caso de enfrentarnos a un vacío legislativo en la materia.

2.3.1 Procedimiento de integración de la norma

Un conflicto diferente a los descritos por la Convención anteriormente mencionada se presenta ante la necesidad de dilucidar cómo aplicar el derecho para solucionar en parte, el vacío existente en la regulación de la adopción internacional. Para ello en la práctica, atendiendo a la jerarquía de las normas, las reglas del derecho internacional privado y los principios que rigen la materia, se ha determinado que deben seguirse las siguientes reglas:

(i) Conflicto entre países que ratificaron la Convención de La Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional:

Se debe realizar el procedimiento de acuerdo a lo que la Convención estipula, dejando el marco de aplicación a las Autoridades Centrales de cada país. Estas serán las

encargadas de velar por el respeto de los derechos, tanto del niño como de los adoptantes, dando la seguridad y certeza jurídica que merece un procedimiento de esta naturaleza. En esta situación no existe mayor conflicto dado que se cumple con la protección del interés superior del niño y se realiza un procedimiento que tendrá validez en ambos países; el problema es justamente ese: es una solución aplicable únicamente entre países que ratificaron la Convención

(ii) Conflicto entre países que no hayan ratificado la Convención:

En este caso, debe verificarse si existen entre ambos países algún Tratado o Convenio que regule la materia específica de la adopción. Al ser un tratado que debió ser ratificado por los diferentes poderes del Estado, ello permite brindar la certeza de que el procedimiento que se aplique sea acorde a la normativa interna de cada país, y por tanto los resultados de este procedimiento podrán generar sus efectos tanto en el país del adoptado como de los adoptantes. Esto tiene especial relevancia frente a la protección de los derechos de los niños y el rol que tiene el Estado en velar por su cabal cumplimiento, por tanto no puede el Estado desligarse de esta obligación por enfrentarse a una adopción internacional, sino que al contrario, debe reforzar que el país de llegada del niño, le brinde las mismas o más protecciones que el país de origen; todo esto en atención a que la adopción internacional tiene como fundamento ser una situación que genere un contexto más favorable al que actualmente se encuentra el niño.

(iii) Países que hayan ratificado el Código Bustamante

En aquellos países que hayan ratificado este Código, considerado como el Código del Derecho Internacional Privado, tendrán aplicación las normas establecidas expresamente sobre esta materia, consagradas en el Capítulo VIII titulado “Adopción”, que establece el método indirecto de las reglas de conflicto, para poder dilucidar la legislación aplicable. Al respecto es posible identificar los siguientes artículos:

Artículo 73. La capacidad para adoptar y ser adoptado y las condiciones y limitaciones de la adopción se sujetan a la ley personal de cada uno de los interesados.

Artículo 74. Se regulan por la ley personal del adoptante sus efectos en cuanto a la sucesión de éste y por la del adoptado lo que se refiere al apellido y a los derechos y deberes que conserve respecto de su familia natural, así como a su sucesión respecto del adoptante.

Artículo 75. Cada uno de los interesados podrá impugnar la adopción de acuerdo con las prescripciones de su ley personal.

Artículo 76. Son de orden público internacional las disposiciones que en esta materia regulan el derecho a alimentos y las que establecen para la adopción formas solemnes.

Artículo 77. Las disposiciones de los cuatro artículos precedentes no se aplicarán a los Estados cuyas legislaciones no reconozcan la adopción.

Un ejemplo de problemática existente en este punto, es el caso de que un país considere una adopción distinta a la plena⁴¹ (que es la aceptada por la legislación chilena), de manera tal que su procedimiento y resoluciones no sean aplicables en nuestro país, sin existir la regulación expresa de otro que lo supla. Esta situación es precisamente, como ahondaremos más adelante, la que se originó con Haití cuando residentes chilenos buscaron adoptar niños, niñas y adolescentes de esa nacionalidad, toda vez que Haití en ese momento, al no haber ratificado la Convención de la Haya, consideraba únicamente una adopción de carácter simple o semi-plena.

(iv) Exequátur:

Finalmente existe la posibilidad de que se realice el procedimiento de adopción en el Estado de origen del adoptado, y posteriormente se solicite la validación de esa sentencia a través del procedimiento de exequátur en el Estado de recibo. Para lo anterior deben cumplirse los requisitos propios de este procedimiento que establece que la regla general en materia de Exequátur es que, a falta de tratados, se dé a las resoluciones procedentes de un país extranjero, la misma fuerza que en él se da a los fallos pronunciados en Chile (regla de la reciprocidad).

En los demás casos, las resoluciones extranjeras tendrán, en Chile, la misma fuerza que si hubieran sido dictadas por tribunales chilenos, siempre que reúnan las condiciones siguientes:

⁴¹ La adopción plena, es aquella que concede al adoptado el estado civil de hijo legítimo de los adoptantes, es decir, extingue el anterior vínculo filiativo con sus padres biológicos. La adopción simple por su parte no constituye el estado civil de hijo, sino que le otorga al adoptante ciertos derechos y obligaciones con el adoptado, sin extinguir los vínculos filiativos existentes con los padres biológicos. En la práctica, es equivalente a lo que hoy entendemos como el cuidado personal. (Definiciones emanadas de artículo 1° y Título II de Ley N° 18.703, que dictaba normas sobre adopción de menores en nuestro país antes de la entrada en vigencia de la Ley 19.620).

1ª Que no contengan nada contrario a las leyes de la República. Pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio;

2ª Que tampoco se opongan a la jurisdicción nacional;

3ª Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción. Con todo, podrá ella probar que, por otros motivos, estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa;

4ª Que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas.

En este caso igualmente puede ocurrir el problema de que la legislación aplicable en el Estado de origen, en el cual se dicta la sentencia, no tenga aplicación en el Estado de recibo, generando con ello la invalidez de esta sentencia y la improcedencia de ejecutarla en este último.

De todas formas, como podremos ver más adelante en el análisis de los casos de adopción de niños haitianos por padres residentes en Chile, este procedimiento ha resultado bastante utilizado⁴² en materia de adopción, para poder regular las falencias existentes en nuestra legislación y tener la seguridad jurídica de que se podrá llevar a cabo la adopción y generará los efectos queridos.

El problema de este método es que no logra subsanar de forma efectiva el problema jurídico existente: aquellos casos en que las legislaciones no son compatibles o que exista silencio de la ley en el país del adoptante sobre la materia. Nuestra normativa no se hace cargo de establecer cuál será el procedimiento o de entregar una regla de atribución propia del derecho internacional privado, que permita dilucidar qué ocurrirá en aquellos casos en que no es posible aplicar ninguna de las soluciones anteriormente planteadas. Lo anterior cobra notoria gravedad puesto que el mayor efecto de esta omisión es la vulneración de los derechos del niño, niña o adolescente considerando que en algunos casos no se acredita que esta no verificación de la adopción sea en atención a proteger su interés superior, sino que el retraso o la falta de seguridad jurídica que importa esta omisión, provoca justamente el daño que la normativa busca impedir.

⁴² A mayor abundamiento, sentencias Corte Suprema rol 1325-1999 de fecha 20-12-1999 y causa rol 3719-1999 de fecha 6-12-1999

2.4 La adopción internacional según la ley N°19.620

Un primer factor importante de la regulación entregada por la ley n° 19.620, es que exige que los adoptantes completen la adopción internacional de acuerdo a las leyes chilenas, siendo una innovación respecto a la antigua ley en que se podían someter a la legislación del país de origen de los adoptantes; es así como esta ley considera específicamente como adopción internacional, aquella en que adoptantes y adoptados se rigen por jurisdicciones distintas, y por tanto eso considera a todos los no residentes.

La ley 19.620 por tanto considera como adopción internacional, aquella en que “el adoptante o adoptantes y el adoptado tienen nacionalidades o domicilios políticos distintos, y por lo tanto, están sometidos a diferentes estatutos jurídicos”⁴³

Dentro de las características de la regulación de adopción internacional en la ley n°19.620 cabe destacar que describe un procedimiento de adopción único, tanto para personas residentes como para las que no lo son; Que refuerza el carácter esencialmente subsidiario de la adopción internacional; Que se regula en un acápite especial de la ley; Y quizás la característica más importante para efectos de la temática tratada en esta memoria, es el vacío legislativo descrito en su primer capítulo, toda vez que la ley en cuestión sólo regula la adopción internacional para una de sus hipótesis: que un niño, niña o adolescente chileno, sea adoptado por una persona que reside fuera del país, dejando fuera de su esfera de regulación la opción de que un niño extranjero sea adoptado por una persona residente en Chile.

Hoy este vacío legislativo presente en nuestro ordenamiento jurídico interno ha resultado especialmente lamentable y cuestionado en virtud de diferentes circunstancias históricas y acontecimientos ocurridos, sin embargo debido al contexto histórico de la época de creación de la referida ley, en ese entonces no fue especialmente debatido.

¿Por qué se inicia entonces esta discusión? ¿Cuándo fue que este vacío legislativo pasó a considerarse realmente como tal? Fue precisamente una de las múltiples consecuencias del terremoto ocurrido en Haití el 12 de enero del año 2010 lo que encendió el debate.

⁴³ ACHERMANN, CATALINA y ALFARO, FRANCISCA. “La adopción en el mundo actual”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2001, pág. 46.

CAPÍTULO III VINCULACIÓN JURÍDICO-SOCIAL ENTRE CHILE Y HAITÍ EN EL MARCO DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

1. Comienzo social del conflicto

Tal como se mencionó anteriormente, la falta de norma respecto de la adopción de niños extranjeros por parte de parejas chilenas no generó mayores conflictos dada la escasa aplicación de esta realidad. Fue en el contexto del terremoto en Haití⁴⁴, los conflictos militares y políticos y el envío de tropas de paz a este país, lo que generó un despertar en la sociedad por el deseo de adoptar a niños haitianos, al conocer la vulnerabilidad existente en su día a día.

El 12 de enero de 2010 se registró un terremoto de magnitud 7,3 de la escala Richter, el gobierno de Haití anunció que se habían recogido y enterrado 150.000 cadáveres sólo en la capital, Puerto Príncipe y sus alrededores, pero que no se sabe cuántos permanecían bajo los escombros de edificios destruidos. Poco tiempo después del terremoto que azotó al país, la ayuda humanitaria no se hizo esperar por parte de otros Estados como República Dominicana, Estados Unidos, países latinoamericanos, europeos y también nuestro país, que envió tropas militares a instalarse para brindar asistencia en diversas materias, siendo los niños uno de los receptores importantes de ésta. El estado vulnerable de los niños fue una información recepcionada en nuestro país, cuyos integrantes conmovidos por la realidad a la que se enfrentaban, consideraron variadas formas de ayudar.

Dentro de estas múltiples vías de ayuda, muchas familias se interesaron en acoger o adoptar a niños haitianos alrededor de todo el mundo. Esto fue de tal magnitud que la misma UNICEF, preocupada por resguardar los derechos de los niños que ya se encontraban en una situación de desprotección, declaró: “compartimos sin duda alguna la enorme preocupación ante la situación de los niños en Haití, especialmente en el caso de aquellos que se han visto separados de sus familias. Son niños que necesitan alimentos, cobijo, asistencia médica y mucho apoyo emocional, pero también son niños sometidos a un alto riesgo de caer en las garras de mafias dedicadas al tráfico de menores o a su explotación sexual. Precisamente por todos estos motivos, la prioridad de UNICEF en este momento se centra en: 1. Encontrarlos, proporcionarles comida y medicamentos de emergencia, un refugio seguro, protección y cuidados. 2. Identificarles y registrarles, para

⁴⁴ País que ratificó la Convención de la Haya relativa a protección del niño a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993, recién el año 2012.

poner en marcha cuanto antes todas las medidas posibles para reagruparlos con sus familiares. No podemos dar por supuesto que ninguno de estos niños tiene padres o familiares cercanos vivos. Apenas una semana después muchos adultos todavía están buscando a sus hijos y lo que hacemos es poner en marcha registros paralelos de padres y familiares para intentar propiciar estos encuentros. Porque, de hecho, la preferencia generalmente es que los niños permanezcan con sus padres o familiares, en un entorno conocido para ellos que les permita recuperarse del trauma en medio de la mayor normalidad que se pueda alcanzar dadas las circunstancias. Sólo cuando no sea posible proceder a esta reagrupación, se cuente con análisis apropiados de la situación del niño y qué es lo mejor para él y haya controles en marcha para asegurar que no va a caer en manos de las mafias, se podrán poner en marcha otros mecanismos como la adopción”.⁴⁵

En Chile, el Servicio Nacional de Menores (Sename) también quiso poner freno a las adopciones en Haití. Ya lo había hecho en el año 2006, cuando en enero envió un oficio a los funcionarios diplomáticos en ese país para que informasen sobre la precaria situación en la que quedarían los niños a su llegada a Chile. En octubre de ese mismo año, reiteró a través de otro documento su preocupación por el riesgo al que estaban expuestos tanto los niños como sus padres biológicos. Según la institución, los menores podían ser víctimas de redes de tráfico, pudiendo incluso involucrar al consulado chileno en Puerto Príncipe, donde se legalizan los documentos para que salgan de Haití. Prueba de ello se da en la declaración pública emitida por el Sename, en donde se lee: “Sobre la base del conocimiento y la experiencia recabada todos estos años, debemos aclarar que no se puede generar un proceso de adopción de niños haitianos en las condiciones en que hoy se encuentra ese país. Muchos de esos niños han perdido sus registros de identificación y aún se desconoce si sus parientes cercanos están vivos”.⁴⁶

A pesar de las advertencias realizadas por las entidades anteriormente mencionadas, la realidad mostró que muchas familias se dispusieron a comenzar un proceso de adopción; el cual estuvo marcado por el desconocimiento del procedimiento a aplicar producto de la inexistencia de norma para esta situación.

2. La búsqueda de una solución jurídica

⁴⁵ UNICEF. Sobre las adopciones de niños de Haití, de 14 de abril de 2011 [en línea] <<https://old.unicef.es/actualidad-documentacion/blog/sobre-las-adopciones-de-ninos-de-haiti?page=2>> [Consulta: 27 de mayo de 2017]

⁴⁶ MIRANDA, FRANCISCA y PALACIOS, PILAR. “Adopción en Haití II: La increíble historia de fundación Familias Multicolor y sus dos directoras”, 7 de febrero de 2013 [en línea] <<http://ciperchile.cl/2013/02/07/adopcion-en-haiti-ii-la-increible-historia-de-fundacion-familias-multicolor-y-sus-dos-directoras/>> [Consulta: 26 de mayo de 2017]

Lo anteriormente descrito provocó una gran desorientación que surgía por el hecho del desconocimiento del procedimiento aplicable para poder realizar la adopción por parte de las parejas chilenas, y que esta tuviese validez en nuestro país.

Se ha sostenido⁴⁷ que solamente los casos de adopción plena pueden ser considerados y regulados dentro de la adopción internacional, todo por cuanto “la subsidiariedad del vínculo con la familia de sangre que es parte de la adopción simple no se puede dar en el ámbito internacional, que implica el traslado del menor de su lugar de residencia al lugar de la residencia de los adoptantes”⁴⁸. Esto genera que en la práctica la normativa internacional ratificada sólo se haga cargo de regular las situaciones respecto de los países que consagran la adopción plena. El problema está en que ello implica que se impida poder generar la adopción internacional en conjunto a los países que incluyen dentro de su ordenamiento las adopciones semi-plenas, dado que no hay normativa aplicable: esto es lo ocurrido con los niños de Haití y todos los niños que se encuentren en un ordenamiento de estas características.

En el caso específico de los niños haitianos adoptados por parejas chilenas se generaron múltiples confusiones derivadas del procedimiento iniciado tanto en Haití como su posterior ratificación en nuestro país, hechos que significaron una clara vulneración al interés superior del niño .

En primer lugar, el procedimiento de adopción aplicable en Haití no contenía la seguridad que debiese ser, esto en virtud de que dicho país no había ratificado la Convención de la Haya al momento del terremoto⁴⁹, por lo tanto su normativa regulaba una adopción semiplena, que dentro de sus características destacaban:

- la normativa establecía que el adoptado conservaba sus derechos hereditarios con su familia biológica
- la adopción es revocable por motivos graves, a instancia del adoptante, del

⁴⁷ CORTÉS CAMUS, MACARENA, “La adopción internacional frente a la ley N°19.620”, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2004; y

PALMA MUÑOZ, RODRIGO. “Conflictos de competencia legal en materia de adopción, en el Derecho Internacional Privado”, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 1999

⁴⁸ WEINBERG DE ROCA, Inés M., “Derecho Internacional Privado”, Buenos Aires, Depalma, 1997 pág 115

⁴⁹ De hecho, Haití ratifica la Convención recién el 11 de junio de 2012

- adoptado y del Comisario de Gobierno, haciendo cesar la sentencia que la declare
- el niño adoptado conserva su nacionalidad de origen
 - la adopción sólo produce efectos entre adoptante y adoptado
 - el adoptado no queda equiparado con los hijos legítimos en la sucesión de los parientes del adoptante, respecto de los que carece de todo derecho hereditario

A lo anteriormente mencionado, se le agregan los requisitos específicos requeridos por Haití para iniciar el procedimiento de adopción, siendo estos los siguientes:

- se admite la adopción por parte de matrimonios y de familias monoparentales
- los adoptantes pueden ser personas de uno u otro sexo, pero mayores de 35 años
- en el caso de matrimonios, basta que uno de los miembros de la pareja tenga más de 35 años
- los matrimonios deben tener más de 10 años de casados
- salvo autorización del Presidente de la República, no está permitida la adopción si existen hijos biológicos
- el adoptado debe tener menos de 16 años
- el adoptado debe ser un niño sin filiación conocida, huérfano o declarado judicialmente abandonado o un niño cuyos padres o representantes legales hayan consentido a la adopción
- el consentimiento del representante legal debe constar en el acta de adopción o en acta separada ante notario o ante el juez de paz

Respecto a los documentos necesarios para poder iniciar el procedimiento, la legislación haitiana contempla los siguientes:

- certificado de matrimonio o de divorcio, en su caso
- certificado de nacimiento de los adoptantes
- certificados médicos que acrediten buena salud física y mental
- certificado de hacienda (relativo a la declaración de renta)
- informes psicosociales
- certificado de idoneidad
- certificado de antecedentes penales
- carta de requerimiento
- dos fotografías de cada uno de los solicitantes
- cartas de presentación

- cartas de recomendación
- atestación bancaria, certificado de trabajo, certificado de propiedad (opcionales según el orfanato)

En atención al procedimiento que regula la adopción, debemos hacer una distinción entre una etapa administrativa y otra judicial. La primera comienza una vez que el orfanato habilitado asigna a un niño, luego envía el expediente de él y el de los solicitantes al IBESR (Instituto de Bienestar Social e Investigación) para que dé su aprobación. Dicho organismo es el encargado de emitir una recomendación que permite iniciar el procedimiento judicial. La etapa judicial termina una vez que se dicta sentencia que debe ser enviada al IBESR para que emita una nueva recomendación que permite que las autoridades competentes emitan el pasaporte del niño adoptado y la correspondiente autorización de salida del país de este.⁵⁰

El problema del desconocimiento de la norma anteriormente descrita, derivaba del hecho que la resolución sólo otorgaba una adopción semiplena, por tanto ocurría que las familias chilenas se presentaban en el país para realizar este procedimiento de adopción, que consistía básicamente en una autorización por parte del padre biológico del niño adoptado, quiere decir, un documento que acreditaba la cesión del cuidado personal, donde el padre del niño adoptado le entrega la tuición para poder traerlo a Chile. Con este documento podían ingresar al país pero estaba lejos de acercarse a la adopción; muchos niños permanecían, y permanecen a la fecha durante años con visas de turista, en situaciones irregulares y una grave desprotección, exponiéndose no solo al temido tráfico internacional infantil, sino también al retiro de su “familia adoptiva” cuando menos lo esperen, para ser trasladados a casas de acogida de SENAME a la espera de que un tribunal de familia dictamine su situación.⁵¹ En la práctica, estos niños debieron ser sometidos al procedimiento de adopción tradicional, teniendo que requerir expresamente la autorización y aceptación por parte de los padres biológicos, de dar en adopción al niño, para que este pudiese ser declarado susceptible de ser adoptados y, una vez con ello, realizar la solicitud de adopción.

Este proceso fue aún más lento y engorroso de lo que usualmente se puede esperar de las adopciones, ya que al no aplicar los Tratados vigentes ocurría que las

⁵⁰ Información obtenida a través de la Orden N°158, de fecha 27 de enero de 2006, emitida por la Directora Nacional del Servicio Nacional de Menores de la fecha.

⁵¹ OP.CIT. <<http://ciperchile.cl/2013/02/07/adopcion-en-haiti-ii-la-increible-historia-de-fundacion-familias-multicolor-y-sus-dos-directoras/>>.

parejas adoptantes no tenían autoridades centrales que pudiesen orientar y colaborar en las gestiones de la adopción, lo que implicó que en la práctica realizaran los trámites de forma independiente y sin la certeza de estar realizando actos que generaran los efectos esperados. Por lo mismo, es que incluso se creó la Fundación Familias Multicolor, entidad privada que se encargó de orientar, guiar y gestionar en un comienzo, a las familias que deseaban iniciar este proceso y se encontraban frente a un nulo apoyo por parte de las instituciones nacionales.

Es así como un niño que residía en Haití en una situación de alto riesgo y vulneración, era extraído básicamente de todo lo que conocía, su cultura, su país de origen, su idioma, etc., y podía llegar a Chile sin mayores impedimentos, para ser sometido luego a una vulneración similar, pues los riesgos ante la irregularidad de su situación, sumado al absoluto desentendimiento de las autoridades de infancia, eran claramente tremendos y vulneratorios de sus derechos.

Otra alternativa realizada en estos casos, fue intentar el procedimiento de adopción en el país del adoptado, en el que se incluyera una manifestación expresa del consentimiento al sometimiento de un proceso de adopción plena por parte del representante legal o padres del niño, para posteriormente ratificar esta sentencia a través del procedimiento de exequátur en Chile, pero, para ello, deben realizarse varias precisiones para que esta sentencia pueda tener validez en Chile, correspondientes a:

- Que el tribunal del país de origen certificara que los padres querían dar en adopción al niño. Este proceso es largo y difícil si no se lograba tener conocimiento de los padres biológicos
- Sacar la documentación de la pareja de adoptantes para acreditar su idoneidad, según las reglas chilenas. Aquí se incluye los documentos tales como recomendaciones, fotos de la familia, certificados de antecedentes, etc.
- Confeccionar una carta para el Director de IBESR en que soliciten la adopción y los fundamentos de por qué debiese otorgarse a ellos
- Visar toda la documentación en el ministerio de Relaciones Exteriores como en la Embajada de Haití en Chile
- Toda la documentación, tanto del niño como de los adoptantes deberá ser presentada ante IBESR, quien deberá pronunciarse a través de un documento que permitirá iniciar la tramitación ante tribunales.
- Una vez que termine este proceso se debe efectuar el trámite de

aprobación de pasaporte y autorizar la salida del niño.

- En Chile se deberá sacar la visa de inmigración temporal por el tiempo que se demore en realizar la certificación del procedimiento de adopción
- Solicitar el exequátur en Chile de la sentencia extranjera, en atención al cumplimiento de los requisitos legales
- Una vez obtenido el exequátur, realizar la inscripción en el registro civil y obtención de la cédula de identidad del país

Como se puede apreciar, este procedimiento estuvo lejos de resultar eficiente y rápido para lograr el objetivo de darle la protección al niño. Además de estar lleno de problemas legales y técnicos que pueden ocurrir, en los cuales los adoptantes no reciben ayuda alguna de ninguna institución que proteja a los niños, ni en Chile ni en Haití; por lo que constantemente están en riesgo de omitir algún procedimiento o realizar algún error que implicaría dejar en cero el procedimiento, o que no pueda tener validez en Chile. Lo anterior deja de manifiesto la necesidad de regular estas situaciones, ya que si bien la omisión no impide que se realicen las adopciones, se genera una constante situación de peligro que sólo implica una vulneración de los derechos del niño adoptado.

CAPÍTULO IV: MARCO JURISPRUDENCIAL DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS HAITIANOS EN CHILE

1. Recopilación de datos y jurisprudencia

En atención a que el objetivo de este trabajo es conocer la jurisprudencia relativa al tema desarrollado, el proceso de búsqueda de estos casos sacó a relucir una serie de inconvenientes para la obtención de ellos, los que se resumen en lo siguiente:

(i) Reserva de los procesos de adopción: Tal como es sabido, la gran mayoría de los casos que involucran a niños, están amparados por un principio de reserva en atención a los derechos que deben ser protegidos; a lo anterior es necesario agregar que esta protección resulta aún mayor cuando hablamos de la adopción, ya que se debe tener especial consideración respecto al derecho de identidad del niño. Por lo mismo, resultó en extremo difícil tener acceso público a las sentencias que regulaban esta materia, siendo necesario recurrir directamente ante la Corte Suprema solicitando autorización para acceder a ellas, teniendo éxito con exclusivamente 3 sentencias relativas al procedimiento de Exequátur, que serán analizadas posteriormente.

En atención a la necesidad de recopilar más antecedentes, nos contactamos con Rafael Niño de Zepeda, coordinador de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema. En esta oportunidad se nos reitera la imposibilidad de brindar estos registros, por el carácter de privado con el que cuentan todas aquellas causas de familia, dándonos como exclusiva solución revisar la jurisprudencia recopilada tanto en la misma página web del poder judicial (<http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>) como en la página web de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema (<http://decs.pjud.cl/index.php/tendencias.>), teniendo resultados negativos en ambos casos.

(ii) Falta de bases de datos en la autoridad central - SENAME: Frente a la imposibilidad de obtener más información directamente desde el Poder Judicial, recurrimos al organismo encargado de llevar registro de todos aquellos casos en los que estuviesen involucrados niños: SENAME. Para ello contactamos a una serie de funcionarios encargados de aspectos asociados a la adopción, siendo posible agendar una entrevista con la abogada Carolina Von Schakmann, coordinadora del área jurídica del departamento de adopción del SENAME. En dicha entrevista se nos comunicó que el SENAME no contaba con registro alguno en el cual, se tuviese conocimiento de todos los casos de adopción haitiana, de hecho se menciona expresamente que sólo participaron

de dos casos sobre adopción por parte de las parejas formadas por Bárbara Vigouroux y marido y Rosemary Donoso y marido; y exclusivamente porque fueron estas mismas parejas quienes incluyeron dentro del proceso a dicha institución. Cobra importancia mencionar a las partes dado que ellas fueron las fundadoras de la fundación Familias Multicolor, persona jurídica creada con el objeto de regular, coordinar y colaborar en el proceso de adopción de niños haitianos por parte de familias residentes en Chile.

La explicación dada para esto fue que el SENAME no era partidario de promover las adopciones de niños haitianos por padres chilenos, menos aún antes de la ratificación del Convenio de la Haya correspondiente, por lo que sólo se involucrarían una vez que los padres solicitaran ayuda expresa. Esta situación cambia una vez que UNICEF dictó su pronunciamiento anteriormente mencionado en este trabajo, en que el organismo manifiesta su rechazo a estas adopciones, en atención a la situación irregular en que se encontraba Haití y sus niños luego del terremoto, momento en que el SENAME dejó de involucrarse en casos de adopción, y sólo tenían conocimiento de la existencia de niños haitianos en situación irregular en nuestro país, si estos eran partícipes de algún procedimiento de vulneración de derechos que requiriera la presencia del organismo.

(iii) Falta de coordinación: Sumado a lo anterior, una vez que Haití ratifica la Convención de la Haya, y por tanto, consagra la adopción plena como la regla general a seguir, es el mismo SENAME quien toma la iniciativa para poder coordinar los procesos de adopción y tener comunicación con la Autoridad Central de Haití. El problema nace en el hecho de que Haití no contaba con dicha autoridad, y nuestro país no contaba con un organismo ni público o privado que pudiera ser intermediario directo, por tanto las comunicaciones resultaron infructuosas.

Ante esto, nuevamente SENAME explica que no podía aplicar la Convención para regular la adopción de niños haitianos por la falta de esta Autoridad, por lo que nuevamente su actuación se vio mermada y resultó imposible llevar a cabo este procedimiento.

(iv) Solicitudes de transparencia infructuosas: Frente a las constantes respuestas negativas obtenidas y la falta de un conducto único para obtener información, tomamos la decisión de realizar solicitudes de información amparándonos en la ley de Transparencia y el acceso a información pública. Siendo así es que presentamos requerimientos a numerosas entidades, siendo estas: el servicio de Registro Civil e Identificación,

SENAME, Poder Judicial e INE⁵². Esta vía tampoco brindó mayores resultados positivos, dado que ningún organismo dio cuenta de la existencia de registros que pudiesen orientar frente a los casos de adopción de niños haitianos, dando a entender que esa información no era manejada por ninguna de las entidades consultadas.

De hecho, las respuestas de las entidades fueron las siguientes:

- Registro Civil e Identificación: frente a la solicitud de “número de niños haitianos adoptados por parejas chilenas desde el 2012 hasta el 2017” la respuesta entregada en carta R.C.T. N° 1724-2017 informó que *“El Servicio de Registro Civil e Identificación, elabora información en base a las actuaciones que le son propias y que se encuentran registradas en una fecha y hora determinada, sin embargo, estas actuaciones son esencialmente variables pues en un lapsus de segundos pueden ser objeto de rectificaciones, cancelaciones e incluso eliminaciones, no constituyendo, en consecuencia, una estadísticas oficial del Estado de Chile, materia que es de competencia del Instituto Nacional de Estadísticas (INE)”* y luego de esto acompaña un archivo que da cuenta de los niños adoptados por pareja chilenas, desde el año 2010 al 2017, especificando que exclusivamente desde este último año se comienza a consignar como antecedente la nacionalidad del niño que ha sido adoptado.

En el documento ya descrito, se acompaña la siguiente tabla:

Adopción de niños con nacionalidad extranjera, adoptados por padres chilenos.

AÑO	CANTIDAD	NACIONALIDAD DEL NIÑO
2010	0	-
2011	2	-
2012	1	-
2013	4	-
2014	3	-

⁵² Solicitudes: AK00270001624; AK002T001622; AK004T0001409; AH007T0003404; AK004T0001408; NR001T0001937.

2015	6	-
2016	1	-
2017	2	Brasil- Perú

Dada la respuesta, se realizó una nueva solicitud respecto a “información al número, y de ser posible, roles de inscripciones de cuidados personales en niños haitianos residentes en Chile, desde el año 2012 al 2017”, en que la respuesta dada por Carta R.C.T N° 1624-2017 fue *“efectuadas las consultas a la Subdirección de Estudios y Desarrollo, se informa que no hay registro de subinscripciones de cuidado personal relacionadas con menores haitianos, sin perjuicio, que los/as niños/niñas haitianos posean cédula de identidad.*

No obstante, informamos que previamente a realizar la subinscripción de cuidado personal, la partida de nacimiento del niño o niña debe estar ingresada en el sistema computacional de este Servicio, única manera de realizar dicha subinscripción de cuidado personal que se consigna en la partida de nacimiento del niño o niña, lo que no sucede en el caso consultado”

Lo anterior da cuenta que a través del Registro Civil e Identificación resulta infructuoso obtener información respecto al objeto de esta tesis, en atención a que no existiría una obligación de llevar registro de la materia que motivó la consulta. De todas maneras, llama profundamente la atención el bajo número del total de niños adoptados por parejas residentes en Chile que aportó este Servicio, en atención a que no se puede distinguir nacionalidad de ello, por lo que considera a todo niño extranjero, lo que hubiese hecho presumir que sería un número mucho mayor.

- SENAME: Frente a la misma primera solicitud realizada al Registro Civil e Identificación, el SENAME informó mediante Carta N°992 que *“este Servicio no cuenta con la información requerida, toda vez que la Ley N° 19.620 de 1999, que dicta Normas sobre Adopción, regula la adopción de niños/as por personas residentes en el país, sin que se contemple expresamente la situación de niños/as extranjeros ni se pueda hacer*

extensivo respecto de éstos el procedimiento que establece, tratándose de todas las causales por las cuales un niño/a puede ser declarado/a susceptible de ser adoptado/a.

En efecto, las normas de citada ley resultarían aplicables sólo respecto de niños/as haitianos con residencia en el país, cuya madre y/o padre manifestaren ante el juez chileno competente su voluntad de entregarlos/as en adopción, debiendo ser asesorados por un Programa de Adopción, único caso en que la ley sólo mandata la citación del otro padre o madre que haya reconocido civilmente al niño/a y no de otros parientes. Sin embargo, tratándose de las demás causales que el artículo 12 de la citada ley contempla para que un niño/a pueda ser declarado/a susceptible de ser adoptado/a, esto es, la inhabilidad física o moral de sus padres o el abandono a que ha sido expuesto/a, el procedimiento previsto para su tramitación, exige la citación de los padres, demás ascendientes y consanguíneos hasta el tercer grado en la línea colateral, sin que la ley establezca como se cumpliría ello, tratándose de niños/as extranjeros respecto de quienes se desconoce su red familiar, tanto en cuando a su individualización como a su domicilio

Asimismo, en materia de adopción internacional, la referida ley sólo regula la adopción por personas no residentes en Chile, pues nuestro país ha sido históricamente un Estado de Origen, es decir, al cual acuden familias residentes en el extranjero con fines de adopción, no contemplándose la adopción de niños extranjeros o residentes en el extranjero, por parte de personas con residencia en Chile.

Al respecto, sería factible tramitar adopciones internacionales por parte de personas residentes en Chile, respecto de niños/as residentes en algún Estado Parte del Convenio de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción, de acuerdo a las normas que la legislación interna de dicho país contemple para la implementación del citado convenio. En efecto, hay legislaciones que permiten que las adopciones internacionales sean tramitadas entre las Autoridades Centrales designadas por los Estados involucrados para la ejecución del aludido convenio, en tanto otras han delegado todas las funciones operativas que el Convenio de La Haya entrega a la Autoridad Central en

organismos privados que deben estar acreditados en ambos Estados, mientras que un tercer grupo de países permite la actuación indistinta de la Autoridad Central o de organismos acreditados.

Ahora bien, dado que su consulta se refiere específicamente a niños/as haitianos/as, cabe señalar que Haití sólo ratificó el citado Convenio en diciembre de 2013, entrando en vigencia en abril de 2014. No obstante el proceso de implementación ha sido complejo y de acuerdo a la información obtenida a través de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado así como del Consulado de Chile en Puerto Príncipe, se han delegado las funciones operativas en materia de adopción internacional en organismos que deben ser acreditados, de acuerdo al Convenio de La Haya, tanto en Haití como en el Estado donde tengan su residencia los interesados en adoptar. Al respecto, no exige ningún organismo nacional acreditado para desarrollar un Programa de Adopción, que haya obtenido autorización para actuar en el referido país.

En consecuencia, desde la entrada en vigencia del Convenio de La Haya en Haití, no es posible que personas residentes en Chile adopten niños/as en dicho país, ni pretendan traerlos a nuestro país con fines de adopción, pues ello implicaría vulnerar la legislación imperante en ambos Estados.

Sin perjuicio de lo anterior y dado que requiere información desde el año 2012, cabe hacer presente que este Servicio tomó conocimiento de algunos casos de niños/as haitianos/as que llegaron a nuestro país, luego que personas residentes en Chile obtuviesen en Haití su cuidado e incluso adopción simple e incluso se colaboró inicialmente en algunos casos, a fin de velar por el interés superior de los niños/as involucrados o se recibieron requerimientos de informe de algunos tribunales ante los cuales se solicitó su adopción. Sin embargo, se puso término a cualquier intervención en tal sentido, luego que Organismos Internacionales como Unicef y la propia Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que monitorea el funcionamiento del citado Convenio, hicieron un llamado a no gestionar adopciones de niños/as haitianos, considerando que luego del terremoto que afectó a dicho país y a la luz de la precaria legislación en materia de adopción que Haití tenía ese entonces, no se daban las condiciones que

permitieran garantizar los derechos de los niños/as y sus familias de origen. Tales organizaciones se dedicaron a apoyar la situación de ese país, impulsando la reforma de la legislación de adopción y posteriormente la ratificación del citado Convenio de La Haya.

En virtud de todo lo expuesto que este Servicio no cuenta con información formal sobre el número de niños/as haitianos que pudieran haber sido adoptados por personas chilenas.”

Lo anterior, aparte de ser una reiteración de lo mencionado en las entrevistas realizadas, viene a confirmar la posición tomada por SENAME en todo el proceso: no involucrarse en ningún caso en atención al reconocimiento de la falta de legislación en la materia, y la imposibilidad de aplicar las leyes internacionales ratificadas por ambos países.

-Instituto Nacional de Estadísticas (INE): Respecto a la solicitud de “número de niños haitianos adoptados por parejas chilenas desde el 2012 hasta el 2017” el organismo envió a través de Orden N° 1649 al Director Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación en que le indica que, *“en atención a que esta Institución no cuenta con la información referida, solicito a usted, en virtud de lo establecido en el artículo N°13 de la Ley de Transparencia, se sirva responder directamente a la interesada, de acuerdo a sus propias competencias”.*

Esto da cuenta de una situación bastante contradictoria, ya que ninguno de los dos servicios (Registro Civil e INE) se considera competente y obligado para recopilar y sistematizar la información requerida.

- Poder Judicial: Frente a nuestro requerimiento de los “roles de causas relativas a tramitación de Adopción Internacional de niños haitianos por parte de parejas chilenas, con su caratulado y tribunal respectivo, entre el año 2012 y 2017 en todo el país y comprendiendo el carácter reservado de dichos casos, que esta información sea entregada con los datos sensibles tajeados, según el criterio de la institución” la respuesta otorgada menciona que *“En el caso del requerimiento solicitado, ese tipo de nomenclatura no se registra como ingreso por lo que no tenemos*

parámetros para generar listados y saber si existen causas de ese tipo y con las características solicitadas, las únicas estadísticas disponibles se encuentran en la página web del portal del Poder Judicial [...]

Atendido lo señalado precedentemente y en mérito del artículo 21 de la ley 20.285 sobre acceso a la información pública, señala que tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales. No ha lugar a lo solicitado”.

Esto corrobora lo informado directamente en las entrevistas realizadas ante este organismo, lo que vuelve a dar cuenta de la inexistencia de registro en atención a que tampoco existe una obligación jurídica para llevar a cabo esta labor.

A pesar de toda la problemática en la recopilación de antecedentes mencionada anteriormente, gracias a un esfuerzo en la investigación fue posible recopilar a través de medios particulares las sentencias que se describen a continuación. Estas serán analizadas para dar cuenta de la falencia legislativa en materia de adopción, y cuáles han sido las decisiones tomadas por los Tribunales de Justicia para los distintos casos que han llegado a su conocimiento, en los cuales exista relación de niños haitianos, lo que es el objeto central de esta investigación.

2. Análisis de sentencias

2.1 ROL N° 31428-2014

- a) Tribunal que dictó la sentencia: Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile.
- b) Fecha de la sentencia analizada: 13 de abril de 2015
- c) Acción o recurso respecto del cual se dictó la sentencia: exequátur.
- d) Lugar de publicación del fallo y cita: Fallo reservado, no publicado. Rol N° 31428-2014, de la Corte Suprema de Chile, de 13 de abril de 2015.
- e) Partes: Adoptantes : A.P.L.V. y L.E.S.B. Niño: A.P.S.L
- f) Breve exposición de los hechos relevantes al juicio: A.P.L.V y L.E.S.B, matrimonio chileno residente en este país, solicita se les conceda el exequátur necesario para que pueda cumplirse en Chile en todas sus partes la sentencia de fecha 10 de agosto de 2012 dictada por el Tribunal de Puerto Príncipe en la República de

Haití, que les otorga la adopción simple de la niña A.P.J, haitiana, de 2 años de edad en ese entonces. Pasan los autos a Fiscalía Judicial de la Corte Suprema, que emite su opinión señalando que debe rechazarse la solicitud por contravenir la legislación sustantiva nacional, al dar lugar la sentencia antedicha a una adopción simple, mientras que en nuestro país se reconoce únicamente la adopción plena. En mérito de aquello, la Corte Suprema, con fecha 11 de noviembre de 2013, ordena la remisión de antecedentes al Ministerio de Relaciones Exteriores para su envío a Haití, con el fin de poder dar curso al exhorto internacional, cumpliendo con la legislación nacional competente. Fue así como el 07 de enero de 2014, el Tribunal de Primera Instancia de Puerto Príncipe, República de Haití, dictó la sentencia que convierte en adopción plena la adopción simple anteriormente decretada. Los eventuales adoptantes entonces nuevamente solicitan se conceda el exequátur necesario para el cumplimiento en Chile de dicha sentencia, estimando esta vez la Fiscalía Judicial pertinente que la Corte conceda la autorización para que se cumpla aquel fallo, el cual no contraviene las leyes de la República y cumple con las exigencias restantes. En consideración a aquello y al interés superior de la niña, el máximo tribunal chileno acoge la solicitud examinada.

g) Disputa(s) legal(es) importante(s) en el juicio:

- Aplicabilidad del procedimiento de exequátur respecto a la materia, considerando que esta no se encuentra regulada dentro de la legislación chilena y el tratado internacional aplicable a ambos países es el Convenio de la Haya, entonces ratificado en forma muy reciente por el país haitiano, que no ha modificado aún su legislación en función de este, al tiempo de dictación de la sentencia que busca cumplirse en nuestro país.
- La necesidad de ponderar el principio del Interés superior del niño con otros derechos o principios que pudieran verse vulnerados con la adopción internacional, tal como el derecho de identidad o el principio de subsidiariedad de la adopción.
- Efectividad de existir voluntad libre y seria de los padres biológicos de entregar a sus hijos en adopción, considerando las condiciones de vida a las que puedan enfrentarse en el momento.
- La necesidad de ponderar el principio del interés superior del niño con el formalismo que arriesga el cumplimiento de la norma a cabalidad.

h) Reglas legales más importantes aplicables al caso: Artículo 423 del Código Bustamante, artículo 3 n°1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 24 de la Convención de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de

Adopción Internacional, artículos 242 a 245 del Código de Procedimiento Civil, Ley 19.620 que Dicta Normas sobre Adopción, artículo 21 de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños.

i) Argumentos legales de los solicitantes:

- Artículo 245 del Código de Procedimiento Civil: “En el caso en que no puedan aplicarse ninguno de los tres artículos precedentes, las resoluciones de tribunales extranjeros tendrán en Chile la misma fuerza que si se hubieran dictado por tribunales chilenos, con tal que reúnan las circunstancias siguientes:

1a. Que no contengan nada contrario a las leyes de la República. Pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio;

2a. Que tampoco se opongan a la jurisdicción nacional;

3a. Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción. Con todo, podrá ella probar que, por otros motivos, estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa.

4a. Que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas.”

- Artículo 423 del Código de Derecho Internacional Privado: “Toda sentencia civil o contencioso-administrativa dictada en uno de los Estados contratantes, tendrá fuerza y podrá ejecutarse en los demás si reúne las siguientes condiciones:

1. Que tenga competencia para conocer del asunto y juzgarlo, de acuerdo con las reglas de este Código, el juez o tribunal que las haya dictado;
2. Que las partes hayan sido citadas personalmente o por su representante legal, para el juicio;
3. Que el fallo no contravenga el orden público o el derecho público del país en que quiere ejecutarse;
4. Que sea ejecutorio en el Estado en que se dicte;
5. Que se traduzca autorizadamente por un funcionario o intérprete oficial del Estado en que ha de ejecutarse, si allí fuere distinto el idioma empleado;
6. Que el documento en que conste reúna los requisitos necesarios para ser considerado como auténtico en el Estado de que proceda, y los que requiera para que haga fe la legislación del Estado en que se aspira a cumplir la sentencia.”

- Artículo 24 de la Convención sobre la protección del niño y Cooperación en materia de adopción internacional: “Sólo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño.”

j) Razonamiento del fallo:

- (1) Las Repúblicas de Chile y Haití suscribieron la Convención de Derecho Internacional Privado denominada “Código de Bustamante” en virtud del cual en Chile se pueden cumplir sentencias dictadas en dicho país.
- (2) Cumplimiento del artículo 423 del Código de Bustamante.
- (3) Por sentencia de 4 de septiembre de 2012 se homologa el acta de adopción redactada el 23 de febrero de ese mismo año por el Juez de Paz de la Sección Este de Puerto Príncipe, ante el Tribunal de Primera Instancia que otorgó la adopción simple de la niña de nacionalidad haitiana. Asimismo, se dejó constancia que la Ley sobre Adopción de Haití del año 1974 fue reemplazada por un nuevo estatuto legal el día 28 de octubre de 2013, el que en su artículo 16 autoriza la conversión de la adopción simple en plena, de manera tal que amparada en dicha norma la sentencia cuyo exequátur se solicita, funda su decisión y accede a la referida conversión.
- (4) La adopción en la legislación haitiana persigue, al igual que la chilena, la siguiente finalidad: proporcionar una familia al adoptado, generando las mismas obligaciones y efectos que emanan de una filiación, cualquiera sea su naturaleza, concordando ello con el artículo 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el principio del Interés superior del niño.
- (5) En contexto de este principio, considerando que la niña desde el año 2012 forma parte del núcleo familiar conformado por los solicitantes, que han sido considerados aptos para la adopción y se encuentran en condiciones de dar afecto y cuidados necesarios para satisfacer las necesidades de la niña, se garantiza la primacía y concordancia con el interés superior de ella.
- (6) La sentencia cuyo exequátur se solicita no contraviene las leyes de la República ni se opone a la jurisdicción nacional.

k) Resultado del juicio: Se concede el exequátur solicitado para cumplir en Chile la sentencia de 7 de enero de 2014 dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Puerto Príncipe, República de Haití, que convirtió en plena la adopción de la niña A.P.S.L otorgada a sus padres adoptivos, A.P.L.V y L.E.S.B.

l) Voto de minoría: no hay.

m) Observaciones fundadas respecto del fallo: Los resultados finales del presente fallo

parecen lógicos y acordes a la legislación chilena, tanto en el procedimiento seguido, como en la utilización de los principios del derecho de familia. La niña adoptada no estaba viendo satisfechas sus necesidades en su Estado de origen, su madre biológica manifestó su voluntad positiva para darla en adopción a los padres solicitantes, quienes en definitiva, según se ha determinado en procedimiento de adopción correspondiente, tenían los medios y habilidades para entregarle el cariño y cuidado que requiere en su crianza. El reconocimiento de la sentencia extranjera va por tanto acorde al interés superior del niño como principio rector en la materia y con ello también responde a las Leyes y Convenciones reguladoras de la adopción internacional y de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes. Como crítica al procedimiento judicial seguido por el Tribunal Supremo chileno, es dable mencionar la importante demora en la tramitación de la presente causa, la cual se desarrolla entre los años 2012 y 2015, que es cuando finalmente se logra el referido exequátur. Dicha circunstancia resulta en los hechos vulneratoria de los derechos fundamentales de la niña, quien durante todo este tiempo mantiene una situación jurídica indeterminada en cuanto a su filiación, residencia, cuidado, entre otros, lo que atenta directamente contra su derecho a la identidad y otras garantías fundamentales. Aquello se configura finalmente en razón de un obstáculo que ya fue expuesto anteriormente: las leyes reguladoras o la falta de ellas. En este caso en particular, la legislación vigente entorpeció la efectividad del interés superior del niño, aún cuando por la lógica aplicación de éste era clara la decisión final que fuera conforme a la máxima realización de los derechos de la niña. La ponderación de derechos necesaria, descrita anteriormente en este mismo trabajo, no se habría realizado en su momento de forma óptima.⁵³

2.2 ROL N° 479-2012

- a) Tribunal que dictó la sentencia: Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile.
- b) Fecha de la sentencia analizada: 19 de marzo de 2012.
- c) Acción o recurso respecto del cual se dictó la sentencia: Exequátur.
- d) Lugar de publicación del fallo: Fallo reservado, no publicado. Rol N° 479-2012, de la Corte Suprema de Chile, de 19 de marzo de 2012.
- e) Partes: Adoptantes: C.A.O.O. y S.C.E.M. Niño: P.D.F.
- f) Breve exposición de los hechos relevantes al juicio: C.A.O.O y S.C.E.M, matrimonio de nacionalidad chilena, solicitan el exequátur de sentencia dictada por el Tribunal Civil de Puerto Príncipe, en la República de Haití, con el fin de que esta pueda cumplirse en nuestro país, en cuanto concede a los solicitantes la adopción del niño

⁵³ GONZÁLEZ HOCH, Francisco. Guía para análisis de fallos

haitiano P.D.F. El Fiscal Judicial de la Corte Suprema informa favorablemente a dicha petición. Considerando el máximo tribunal que se cumplen con las exigencias del artículo 423 del Código de Bustamante firmado por ambos países, en virtud del cual, pueden cumplirse en Chile sentencias dictadas en otro país aplicando en la especie la norma del artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, que el eventual adoptado tiene filiación desconocida, que la adopción presentaría ventajas para él, reuniendo los adoptantes las condiciones necesarias y que no se contiene en la sentencia en cuestión nada contrario a la legislación sustantiva nacional, se acoge la solicitud en análisis y se concede el exequátur, disponiéndose cumplir la sentencia dictada el 9 de junio de 2011 por el Tribunal Civil de Puerto Príncipe, República de Haití.

g) Disputa(s) legale(s) importante(s) en el juicio:

- Aplicabilidad del procedimiento de exequátur respecto a la materia, considerando que esta no se encuentra regulada dentro de la legislación chilena y que el Convenio de la Haya, tratado internacional que tiene como objetivo “establecer las salvaguardas necesarias para asegurar que las adopciones internacionales se realicen respetando en todos los casos los derechos fundamentales de las niñas y los niños, tal y como son reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño”⁵⁴ no ha sido a la fecha de la sentencia cuyo cumplimiento se solicita, ratificado por la República de Haití.
- La necesidad de ponderar el principio del Interés superior del niño con otros derechos o principios que pudieran verse vulnerados con la adopción internacional, tal como el derecho de identidad o el principio de subsidiariedad de la adopción.
- Efectividad de representar la adopción internacional una ventaja para el niño, niña o adolescente en atención a su interés superior, considerando para ello los diversos factores como la idoneidad de los padres adoptantes, las diferencias culturales, los cambios y adaptación que deberá enfrentar, entre otros.
- La necesidad de ponderar el principio del interés superior del niño con el formalismo que arriesga el cumplimiento de la norma a cabalidad.

h) Reglas legales más importantes aplicables al caso: Artículo 423 del Código Bustamante, artículo 3 n°1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 24 de la Convención de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional, artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 242 a 245 del Código de Procedimiento Civil, Ley N° 19.620 que Dicta Normas

⁵⁴ Organización de los Estados Americanos. [En línea]
<<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/075.asp>> [Consulta: 23 de julio de 2017]

sobre Adopción.

i) Argumentos legales de los solicitantes:

- Artículo 245 del Código de Procedimiento Civil: “En el caso en que no puedan aplicarse ninguno de los tres artículos precedentes, las resoluciones de tribunales extranjeros tendrán en Chile la misma fuerza que si se hubieran dictado por tribunales chilenos, con tal que reúnan las circunstancias siguientes:

1a. Que no contengan nada contrario a las leyes de la República. Pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio;

2a. Que tampoco se opongan a la jurisdicción nacional;

3a. Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción. Con todo, podrá ella probar que, por otros motivos, estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa.

4a. Que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas.”

- Artículo 423 del Código de Derecho Internacional Privado: “Toda sentencia civil o contencioso-administrativa dictada en uno de los Estados contratantes, tendrá fuerza y podrá ejecutarse en los demás si reúne las siguientes condiciones:

1. Que tenga competencia para conocer del asunto y juzgarlo, de acuerdo con las reglas de este Código, el juez o tribunal que las haya dictado;
2. Que las partes hayan sido citadas personalmente o por su representante legal, para el juicio;
3. Que el fallo no contravenga el orden público o el derecho público del país en que quiere ejecutarse;
4. Que sea ejecutorio en el Estado en que se dicte;
5. Que se traduzca autorizadamente por un funcionario o intérprete oficial del Estado en que ha de ejecutarse, si allí fuere distinto el idioma empleado;
6. Que el documento en que conste reúna los requisitos necesarios para ser considerado como auténtico en el Estado de que proceda, y los que requiera para que haga fe la legislación del Estado en que se aspira a cumplir la sentencia.”

- Artículo 21 de la Convención sobre los Derechos de Niño: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial (...)”.
- Art 1 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 les 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.

La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos que la presente ley establece.”

j) Razonamiento del fallo:

1. Tanto Chile como Haití suscribieron la Convención de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante) en virtud del cual, pueden cumplirse en Chile sentencias dictadas en otro país. Este mismo Código señala en su artículo 423 los requisitos que debe cumplir una sentencia contenciosa-administrativa dictada en un Estado para tener fuerza y ejecutarse en otro, condiciones que se cumplen en el caso en cuestión.
2. El adoptado tiene filiación desconocida y la adopción, presentaría en razón de ello y otros motivos, una serie de ventajas para el niño, reuniendo además los adoptantes las condiciones materiales y personales necesarias para que esto se lleve a cabo.
3. La sentencia en cuestión no se contrapone en modo alguno a la legislación nacional que regula la adopción, la cual además aparece como beneficiosa para el niño, regularizando la situación de hecho actual en cuanto a su inserción en la familia de los adoptantes.
4. Tampoco se contrapone la referida sentencia a las leyes de la República en general ni a la jurisdicción nacional, pudiendo aplicarse en la especie la norma del artículo 245 del Código de Procedimiento Civil chileno.

k) Resultado del juicio: Se concede el exequátur solicitado, y en consecuencia, se dispone cumplir la sentencia dictada el 9 de junio de 2011 por el Tribunal Civil de Puerto Príncipe, República de Haití, que concede la adopción del niño P.D.F a don C.A.O.O. y S.C.E.M.

l) Voto de minoría: no hay.

m) Observaciones fundadas respecto del fallo: El presente fallo es, en cuanto a procedimiento utilizado y resultado final, similar al anterior. Sin embargo, se puede apreciar que su tramitación resulta notoriamente más ágil (Se concede el exequátur en menos de un año desde la dictación de la sentencia en Haití): la gran diferencia radica en

que el niño adoptado, no contaba con filiación biológica determinada. Ello en definitiva se traduce en que no es necesaria la realización de exhortos para ratificar voluntad de sus progenitores, lo que no sólo agiliza el proceso sino que además provoca que el razonamiento del fallo vaya enfocado más bien a que se cumpla una estricta aplicación de la Ley, sin referirse mayormente al interés superior del niño o a la idoneidad de los padres adoptantes: existe una especie de “presunción” de que el adoptado encontrará en Chile, con filiación determinada y cumpliéndose la legislación vigente, una mayor satisfacción de sus derechos. Resulta aún así digno de cuestionamiento el hecho de que, cuantitativamente hablando, sólo dos de los seis “considerandos” de la sentencia hacen una escueta referencia al niño y al cómo dicho resultado le será favorable a su interés superior, en circunstancias que de acuerdo a las Convenciones Internacionales ratificadas por nuestro país y a la propia legislación vigente, debiese ser este el centro del análisis, sin ser dable el presumir que dicho interés superior será favorecido a raíz del cumplimiento de la normativa existente.

2.3 ROL 2843-2014

- a) Tribunal que dictó la sentencia: Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile.
- b) Fecha de la sentencia analizada: 08 de abril de 2014.
- c) Acción o recurso respecto del cual se dictó la sentencia: Exequátur.
- d) Lugar de publicación del fallo: Fallo reservado, no publicado. Rol N° 2843-2014, de la Corte Suprema de Chile, de 08 de abril de 2014.
- e) Partes: Adoptantes: M.I.R.H. y C.R.G.H. Niña: S.Y.
- f) Breve exposición de los hechos relevantes al juicio: M.I.R.H. y C.R.G.H., matrimonio chileno, solicitan el exequátur de sentencia dictada por el Juez de Paz de Puerto Príncipe, Sección Este, con fecha 10 de mayo de 2013, en la República de Haití con el fin de que esta pueda tener cumplimiento en nuestro país. Dicha resolución concede a los solicitantes la adopción de la niña haitiana S.Y, de un año de edad. La Fiscal Judicial Subrogante de la Corte Suprema informa desfavorablemente a dicha petición, señalando a grandes rasgos que aún cuando no se distingue en este caso entre adopción simple o plena, por sus características sería simple, la cual contraviene la legislación nacional vigente. Considerando el máximo tribunal que se cumplen con las exigencias del artículo 423 del Código de Bustamante firmado por ambos países, en virtud del cual, pueden cumplirse en Chile sentencias dictadas en otro país aplicando en la especie la norma del artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, centrando su

análisis en la finalidad que la legislación haitiana otorga a la adopción, la cual en los hechos es equivalente a la dispuesta por la ley chilena, que el interés superior del niño debe primar en estas decisiones el cual se maximiza en un ambiente de familia, que la niña actualmente forma parte en los hechos del grupo familiar conformado por los solicitantes, los que son idóneos para adoptarla, discrepando de la opinión de la Fiscal subrogante, se acoge la solicitud en análisis y se concede el exequátur, disponiéndose cumplir la sentencia dictada el 10 de mayo de 2013 por el Juez de Paz de Puerto Príncipe, Sección Este, República de Haití.

g) Disputa(s) legale(s) importante(s) en el juicio:

- Aplicabilidad del procedimiento de exequátur respecto a la materia, considerando que esta no se encuentra regulada dentro de la legislación chilena.
- Procedencia de exequátur en atención a la normativa nacional e internacional vigente y al cumplimiento de los requisitos del artículo 423 del Código de Bustamante.
- Conformidad de la concesión de la solicitud con el Convenio de la Haya, recientemente ratificado por la República de Haití, tratado internacional que tiene como objetivo “establecer las salvaguardas necesarias para asegurar que las adopciones internacionales se realicen respetando en todos los casos los derechos fundamentales de las niñas y los niños, tal y como son reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño.”⁵⁵
- La necesidad de ponderar el principio del Interés superior del niño con otros principios que pudieran verse vulnerados con la adopción internacional, tal como el derecho de identidad o el principio de subsidiariedad de la adopción.
- Efectividad de representar la adopción internacional una ventaja para el niño, niña o adolescente en atención a su interés superior, considerando para ello los diversos factores como la idoneidad de los padres adoptantes, las diferencias culturales, los cambios y adaptación que deberá enfrentar, entre otros.

h) Reglas legales más importantes aplicables al caso: Artículo 423 del Código Bustamante, artículo 3 n°1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 24 de la Convención de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional, artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 242 a 245 del Código de Procedimiento Civil, Ley N° 19.620 que Dicta Normas sobre Adopción.

i) Argumentos legales de los solicitantes:

⁵⁵ Organización de los Estados Americanos. [En línea]
<<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/075.asp>> [Consulta: 23 de julio de 2017]

- Artículo 245 del Código de Procedimiento Civil: “En el caso en que no puedan aplicarse ninguno de los tres artículos precedentes, las resoluciones de tribunales extranjeros tendrán en Chile la misma fuerza que si se hubieran dictado por tribunales chilenos, con tal que reúnan las circunstancias siguientes:

1a. Que no contengan nada contrario a las leyes de la República. Pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio;

2a. Que tampoco se opongan a la jurisdicción nacional;

3a. Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción. Con todo, podrá ella probar que, por otros motivos, estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa.

4a. Que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas.”

- Artículo 423 del Código de Derecho Internacional Privado: “Toda sentencia civil o contencioso-administrativa dictada en uno de los Estados contratantes, tendrá fuerza y podrá ejecutarse en los demás si reúne las siguientes condiciones:

7. Que tenga competencia para conocer del asunto y juzgarlo, de acuerdo con las reglas de este Código, el juez o tribunal que las haya dictado;

8. Que las partes hayan sido citadas personalmente o por su representante legal, para el juicio;

9. Que el fallo no contravenga el orden público o el derecho público del país en que quiere ejecutarse;

10. Que sea ejecutorio en el Estado en que se dicte;

11. Que se traduzca autorizadamente por un funcionario o intérprete oficial del Estado en que ha de ejecutarse, si allí fuere distinto el idioma empleado;

12. Que el documento en que conste reúna los requisitos necesarios para ser considerado como auténtico en el Estado de que proceda, y los que requiera para que haga fe la legislación del Estado en que se aspira a cumplir la sentencia.”

● Artículo 21 de la Convención sobre los Derechos de Niño: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial (...)”.

- Art 1 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 les 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.

La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos que la presente ley establece.”

j) Razonamiento del fallo:

- (1) Tanto Chile como Haití suscribieron la Convención de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante) en virtud del cual pueden cumplirse en Chile sentencias dictadas en otro país. Este mismo Código señala en su artículo 423 los requisitos que debe cumplir una sentencia contenciosa-administrativa dictada en un Estado para tener fuerza y ejecutarse en otro, condiciones que se cumplen en el caso en cuestión.
- (2) La niña S.Y., es hija de padres desconocidos y la Directora de la sala cuna “Creche Famille Multicolor” en calidad de responsable de la niña, consintió en su adopción, cumpliéndose en Haití los requisitos legales para ésta, habiéndose declarado los adoptantes idóneos en su país de origen y siendo del interés de la niña vivir en un hogar capaz de favorecer su desarrollo integral.
- (3) Aún reconociéndose el punto de la Fiscal Judicial respecto a la falta de distinción de adopción simple o plena, la institución de adopción persigue tanto en la legislación haitiana como la chilena un mismo fin, cual es, el proporcionar una familia al adoptado.⁵⁶
- (4) De acuerdo a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, debe primar por sobre todo el principio del interés superior del niño en las decisiones concernientes a ellos, siendo este bienestar obtenible en medida que el niño crezca en ambiente de familia que le brinde amor, comprensión y medios para satisfacer sus necesidades materiales.
- (5) La niña forma parte en los hechos del núcleo familiar conformado por los solicitantes, quienes están en condiciones de darle afecto, cuidados y satisfacción de sus necesidades.
- (6) La sentencia no contraviene las leyes de la República ni se opone a jurisdicción nacional.

⁵⁶ Decreto 4 de abril de 1974, República de Haití, sobre adopción, artículos 1 y 13: “La adopción es un acto solemne que crea entre una persona y un niño, que no es biológicamente el suyo, una relación jurídica análoga a la que resulta de la paternidad y de la filiación”; “La adopción crea los mismos derechos y las mismas obligaciones que los que derivan de la filiación legítima o natural”.

k) Resultado del juicio: Se concede el exequátur solicitado, y en consecuencia, se dispone cumplir la sentencia dictada el 10 de mayo de 2013 por el Juez de Paz de Puerto Príncipe, Sección Este, República de Haití, que concede la adopción de la niña S.Y. a doña M.I.R.H. y C.R.G.H.

l) Voto de minoría: no hay.

m) Observaciones fundadas respecto del fallo: El razonamiento utilizado en el presente fallo por la Corte Suprema difiere respecto a los anteriores en cuanto a su enfoque principal: No existe por el máximo Tribunal un afán de referirse extensivamente al cumplimiento de los requisitos legales para determinar la procedencia o no del exequátur, sino que basa su análisis en el principio rector de la materia conforme a los tratados internacionales vigentes: el interés superior de la niña. Es así como vemos que sus considerandos hacen referencia a circunstancias que van más allá de lo estrictamente formal, complementando aquello con factores como la función que las legislaciones de Haití y Chile le otorgan a la adopción como institución, el contexto en que se encuentra la niña en los hechos al formar parte del núcleo familiar de los solicitantes, la importancia de la familia para la satisfacción de sus derechos fundamentales, entre otros. Si bien no desestima la necesidad de dar cumplimiento a la norma, refiriéndose a ello de forma escueta en algunos considerandos, el Tribunal Supremo funda su análisis en el bienestar de la niña, discrepando incluso con el análisis estrictamente formal que la Fiscal Judicial subrogante realiza en su respectivo informe, y concediendo finalmente el exequátur solicitado. Desde lo sustancial del derecho, vale decir, aplicando principios y criterios que van más allá de la norma por sí sola, el resultado final óptimo parece ser indudable, sin embargo, desde un enfoque más “formalista” como el utilizado en los fallos anteriores, el resultado pudo haber sido radicalmente distinto.

2.4 ROL 45009-2012

a) Tribunal que dictó la sentencia: Corte de Apelaciones de Santiago.

b) Fecha de la sentencia analizada: 28 de enero de 2014.

c) Acción o recurso respecto del cual se dictó la sentencia: Recurso de Protección.

d) Lugar de publicación del fallo: Vlex Chile.

e) Partes: Recurrentes: N.C. y N.V. ; Recurrido: Servicio Nacional de Menores (SENAME).

f) Breve exposición de los hechos relevantes al juicio: El matrimonio haitiano conformado por doña N.C. Y don N.V., conjuntamente con doña S.R.P, de la misma nacionalidad, deducen recurso de protección contra el SENAME por haber tomado a sus hijas D.V.C. y P.M.C.C.P bajos su protección, sin petición o necesidad de ello, negándose

a retornarles a sus hijas. Fundamentan aquello en que sus niñas se encontraban en Chile desde el año 2006 a cargo de una persona de su confianza, doña M.E.A.A., a quien decidieron entregar el cuidado personal de sus hijas a causa de su precaria situación económica, situación cambiada por SENAME al ponerlas bajo su protección. La institución recurrida por su parte indica que la señora M.E.A.A., luego de regularizar la residencia de las niñas solicitó orientación para iniciar su adopción, sin embargo un tiempo después, manifestó querer “ceder” a una de las niñas ante su dificultad de adaptación, lo que llevó a SENAME a iniciar una causa de protección en favor de las niñas, la que se resuelve ingresándolas a un programa de colocación familiar, desvelándose irregularidades que la señora M.E.A.A. habría cometido contra las niñas. Luego del análisis de los antecedentes y la legislación vigente, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago resuelve rechazar el recurso de protección impetrado, al no existir actuaciones ilegales o arbitrarias que afecten los derechos de las niñas o los recurrentes.

g) Disputa(s) legale(s) importante(s) en el juicio:

- Existencia de actuaciones u omisiones arbitrarias o ilegales de parte de la institución recurrida, que afecten los derechos fundamentales de las niñas o los recurrentes de autos.
- Existencia de una amenaza al ejercicio de un derecho indubitado de las afectadas, garantizado y amparado por el texto constitucional, en el hecho de su institucionalización por parte del Servicio Nacional de Menores.

h) Reglas legales más importantes aplicables al caso: Artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República, artículos 1º, 3º y 7º del Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Protección.

i) Argumentos legales de los solicitantes:

- Artículo 19 Constitución Política de la República: “La Constitución asegura a todas las personas: 1º El derecho a la vida y la integridad física y psíquica de la persona.; 2º La igualdad ante la ley; 4º El respeto y protección a la vida privada a a la honra de la persona y su familia.”
- Artículo 20 Constitución Política de la República: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 números 1º,2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final,11º,12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º,21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el

imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.”

j) Razonamiento del fallo:

- (1) Que se ha dado debida cuenta del requerimiento proteccional iniciado por parte del Director Regional de SENAME en favor de las niñas, del cual se dictó sentencia con fecha 14 de mayo de 2009, y de encontrarse vigente la prohibición de acercamiento a estas por parte de doña M.E.A.A.,
- (2) Que de los antecedentes aportados por las partes, y los tenidos a la vista de causa RIT P-3635-2011 conocida por el Centro de Medidas Cautelares de Santiago, es posible establecer que respecto de las niñas a favor de quienes se recurre de protección no se encuentra acreditada filiación, por lo que el mismo Tribunal de Familia ordenó que se practicaran los exámenes periciales correspondientes a fin de establecerla.
- (3) Que solo una vez que se reciba el informe del Servicio Médico Legal acreditando eventualmente el parentesco entre las niñas y sus posibles padres biológicos el tribunal podrá adoptar otras medidas respecto a estas, sin haber vulnerado una garantía constitucional a su respecto.
- (4) Que la intervención de SENAME ha sido en cumplimiento a lo dispuesto por un Tribunal de la República, dentro de la esfera de sus atribuciones, por lo que no ha existido la actuación u omisión arbitraria o ilegal necesaria para dar pie al recurso de protección impetrado, sin haberse afectado los derechos constitucionales de las niñas o de los recurrentes de esos autos.

k) Resultado del juicio: Se rechaza el recurso deducido.

l) Voto de minoría: no hay.

m) Observaciones fundadas respecto del fallo: El presente fallo si bien no resuelve directamente un caso de adopción o susceptibilidad de esta, grafica la situación de vulneración a la que los niños, niñas y adolescentes haitianos son sometidos a su llegada a nuestro país en compañía de padres adoptivos o cuidadores. El caso de la señora M.E.A.A. y sus hijas fue públicamente conocido en los medios chilenos, pues en él se vivió una campaña en que participaron diversos personajes políticos y públicos para efectos de que las niñas fueran desinstitucionalizadas y retornadas a su madre adoptiva. Cabe centrarse por tanto en la controversia que basa la resolución analizada, la cual tiene su razón de ser exclusivamente en la falta de una ley o institución encargada de los casos de adopción internacional de niños extranjeros por padres residentes en Chile. Tal y como se relata en el propio fallo, las niñas D. y P. arriban a nuestro país a finales del año 2005 al haber sido sometidas a un procedimiento de adopción simple en su país de

origen, por quien ahora era su madre; SENAME sin embargo toma conocimiento de su caso el año 2009, cuando doña M.E.A.A. se acerca a dicha institución con motivaciones que son controvertidas por las partes en el presente caso, y conociéndose dicha controversia por el Juzgado de Familia correspondiente. La resolución en sí no da paso a mayor análisis y discusión jurídica, habiendo la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago actuado apegada al derecho existente, sin embargo, deja de manifiesto el vacío normativo e institucional de estos casos, lo que lleva a que las niñas de autos, luego de haber vivido gran parte de su vida en un orfanato en Haití y haber sido trasladadas a Chile desde ahí para vivir con su madre cuidadora durante más de dos años, nuevamente sean sometidas a una situación de incertidumbre al ser abruptamente institucionalizadas por solicitud del Servicio Nacional de Menores ante el Tercer Juzgado de Familia de Santiago, con todas las consecuencias que ello trae consigo en la vida de un niño.

2.5 RIT A-32-2012, RUC 12-2-0073017-6

- a) Tribunal que dictó la sentencia: Juzgado de Familia de Buin.
- b) Fecha de la sentencia analizada: 15 de septiembre de 2016.
- c) Acción o recurso respecto del cual se dictó la sentencia: Susceptibilidad de adopción.
- d) Lugar de publicación del fallo: Fallo reservado, no publicado. RIT N° A-32-2012, del Juzgado de Familia de Buin, de 15 de septiembre de 2016.
- e) Partes: Solicitantes: C.E.G.Y. y P.A.M.A. Niña: M.D.
- f) Breve exposición de los hechos relevantes al juicio: Don C.E.G.Y y doña P.A.M.A., matrimonio chileno, inician causa de susceptibilidad de adopción respecto de la niña M.D., de nacionalidad haitiana, avecindada en Chile, de 1 año y 4 meses al tiempo de la solicitud. Señalan que M.D. sólo tiene filiación materna determinada y su madre biológica, E.D., la entregó al hogar de la Fundación Familias Multicolor en Haití con la intención de darla en adopción cuando la niña sólo tenía 2 meses. Los solicitantes fueron declarados idóneos para adoptarla, y doña P.A.M.A. viajó a Haití el año 2011, compareciendo con la madre biológica de la niña ante el Tribunal de Paz de Delmas, adoptando de hecho a M.D. conforme el decreto de 04 de abril de 1974. M.D. ingresa a Chile con autorización por razones médicas, por lo que los solicitantes la han tenido a su cuidado desde sus 9 meses de vida, reconociéndolos esta como sus padres y siendo parte de la familia extensiva. Se les otorga su cuidado personal provisorio a comienzos de 2012, el que se renueva durante el transcurso del juicio. Doña E.D. presta nueva

declaración jurada en mayo de 2016 en consulado de Chile en Haití, manifestando nuevamente su consentimiento de que M.D. sea adoptada por el matrimonio solicitante, tras exhorto ordenado por el Juzgado de Familia de Buin. Tanto la consejero técnico de la causa como la curadora ad litem designada solicitan igualmente acceder a susceptibilidad impetrada. Por estos antecedentes y normas aplicables, la niña M.D. es declarada susceptible de ser adoptada.

g) Disputa(s) legale(s) importante(s) en el juicio:

- La procedencia de declarar la susceptibilidad y posterior adopción de niños haitianos, aún cuando nuestra legislación no contempla dicha posibilidad.
- El debido cumplimiento del Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, ratificado por Chile y Haití.
- La conveniencia de acceder a la solicitud de declarar la susceptibilidad de adopción de la niña M.D., en atención a la legislación vigente y, sobre todo, al interés superior del niño.
- La procedencia de tener por notificada a doña E.D., madre biológica de la niña, y con ello por practicado el exhorto internacional ordenado, por la circunstancia de haber prestado esta declaración jurada ante el cónsul de Chile en Haití.

h) Reglas legales más importantes aplicables al caso: Artículo 3 n°1 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 4, 5, 14,15 16, 17 y 18 de la Convención de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional, artículos 8° letra C), 9,12,13,14 y 15° de la Ley N° 19.620, artículo 226 del Código Civil.

i) Argumentos legales de los solicitantes:

- Artículo N° 1, Ley 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 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.
-

La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos que la presente ley establece.

- Artículo 8° Ley N° 19.620: “Los menores de 18 años que pueden ser adoptados son los siguientes:

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 en lo dispuesto en los artículos 12 y siguientes”.

- Artículo 12°, Ley N° 19.620: “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: (...)

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(...).

- Ley 19.968 en relación con los siguientes artículos:

- 226 Código Civil: “Podrá el juez en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres , confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda.

- 42 N° 3 Ley 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:

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

j) Razonamiento del fallo:

(1) Que se dio cabal cumplimiento a la legislación nacional vigente, en cuanto a las notificaciones y publicaciones a la madre biológica de la niña y sus parientes restantes, certificándose respecto a estos últimos su no comparecencia.

(2) Que doña E.D., madre biológica de la niña, emite declaración jurada acompañada por su mandataria, debidamente legalizada, en la cual consta que declara conocer el contenido de la solicitud de susceptibilidad y estado actual de la causa, además de manifestar su deseo y consentimiento para que su hija M.D. sea declarada susceptible de ser adoptada, y sea finalmente adoptada de forma definitiva por el matrimonio chileno conformado por los solicitantes.

(3) Que doña E.D. se ha desentendido de sus responsabilidades de madre biológica desde que M.D. tenía dos meses de vida, momento en que la entrega a la

Fundación Familias Multicolor en Haití con intención de darla en adopción.

- (4) Que escuchando en audiencia reservada a la niña M.D., se apreciaron sus buenas condiciones mantenidas bajo el cuidado personal provisorio de los solicitantes, identificando claramente a estos como sus padres y como sus hermanos a los hijos biológicos de estos.
 - (5) Que los solicitantes cuentan con certificado de idoneidad e informes que los concluyen como idóneos para adoptar a una niña haitiana, estimándose la adopción como un hecho positivo y altamente ventajoso para la niña M.D.
 - (6) Que aún cuando la legislación chilena no contempla la posibilidad de declarar la susceptibilidad y adopción de los niños haitianos, el tribunal se encuentra regido por un principio de inexcusabilidad respecto a materias de su competencia, situación que además se ve reforzada por el hecho de que Haití ratifica el año 2013 el Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, habiéndose dado cumplimiento a los artículos pertinentes respecto de dicho Convenio del que ambos países son parte.
- k) Resultado del juicio: La niña M.D., de nacionalidad haitiana, es declarada susceptible de ser adoptada.
- l) Voto de minoría: No hay
- m) Observaciones fundadas respecto del fallo: El presente fallo difiere de los anteriormente analizados en distintos aspectos, dentro de los cuales destacan las normas, el razonamiento y los principios guías invocados por el Tribunal correspondiente. Se aprecia en la sentencia un vocabulario y énfasis ostensiblemente más propio del derecho de familia, siendo el interés superior de M.D. la consideración principal del Tribunal, lo que se ve concretamente representado en los hechos a probar fijados⁵⁷ y en factores como el análisis exhaustivo de las ventajas de la adopción, la idoneidad de los padres, las condiciones y afectos de M.D., entre otros. Todo lo anterior no se ve representado en gran parte de los fallos precedentes, en que la legalidad y cumplimiento de formalidades fueron los caminos mayormente analizados, confiando en definitiva el procedimiento de adopción al país extranjero prácticamente en forma íntegra. La mayor dificultad observada en el caso estuvo dada en la notificación de doña E.D., madre biológica de la niña, de cuyo paradero no se tenía mayor noticia, factor que se vio aún más complejizado por la falta de un organismo encargado de

a) ⁵⁷La conveniencia de acceder a la solicitud de declarar la susceptibilidad de adopción de la niña M.D. y;

b) Beneficio y conveniencia que reportaría a la niña de autos el incorporarse legalmente a la familia que la ha acogido de conformidad a la Ley 19.620, conformado por el matrimonio de don C.E.G.Y. y doña P.A.M.A.

hacer dicha notificación en Haití (lo que fue suplido finalmente por el consulado correspondiente) y por la deficiente institucionalidad mantenida por dicho país.⁵⁸ Aquello causa finalmente una demora importante en la tramitación del procedimiento, lo que contraviene expresamente no solo el principio de concentración, propio del derecho de familia⁵⁹, sino el mismo interés superior de la niña y su derecho a la identidad.

⁵⁸ A aquello se refiere latamente don Alejandro Marisio Cugat, embajador chileno en Haití y Director General de Asuntos Consulares e Inmigración en respuesta a oficio emitido por el Juzgado de Familia de Buin respecto a la citación y notificación de doña E.D. solicitada a la dirección antedicha. Señala al respecto una serie de condiciones especiales del país haitiano y de la pobreza que en este predomina, lo que dificulta la satisfacción de necesidades tan básicas como la comida, el agua potable, el sistema de tuberías, servicios de electricidad, educación, y dificultades laborales que involucran un constante desplazamiento de su población, todo lo cual redundaría en un débil sistema institucional que hace que resulte prácticamente imposible el lograr contactar a una persona como la madre biológica requerida, en el tiempo y forma requerido por Ley y por el Tribunal correspondiente. Explicita por tanto el señor Marisio la necesidad de flexibilizar la legalidad estricta, al responder la declaración jurada de doña E.D. plenamente a las finalidades del artículo 23 de la Ley 19.968, respecto a la notificación por cualquier medio idóneo que garantice su debida información.

⁵⁹ Artículo 11 Ley n°19.968

CAPÍTULO V: RESPUESTAS PROCESALES A LAS FALENCIAS NORMATIVAS E INSTITUCIONALES

1. Alternativas procesales

Luego del análisis de la jurisprudencia ya realizada, es necesario dar cuenta de las posibles vías que se han utilizado para dar solución a la dificultad presentada. Para esto, se planteará de forma abstracta el procedimiento, su tramitación, para finalizar con un breve comentario respecto a las ventajas y desventajas de elegir una u otra alternativa

1.1. Procedimiento Exequátur⁶⁰:

Tal como ya se ha mencionado ampliamente en esta tesis, este procedimiento se inicia a través de una solicitud ante el tribunal competente, en nuestro caso, la Corte Suprema, quien conocerá en Sala del asunto. Es importante mencionar que la normativa no establece ni época ni plazo para la petición de exequátur, por lo que sólo estaría condicionada al procedimiento de ejecución de sentencia y la prescripción de ésta; como en nuestro caso no es necesario una ejecución en el país, y sólo se busca un reconocimiento de la jurisdicción extranjera, esta condición antes mencionada no tiene aplicación.

El juicio de exequátur se inicia mediante una demanda en la cual se solicita (y por eso es que usualmente se habla de solicitud) el cumplimiento de la providencia extranjera. Esta demanda como tal, debe cumplir todos los requisitos contemplados en el artículo 254 del CPC, a su vez, debe acompañarse la sentencia extranjera, debidamente legalizada y traducida si constare en idioma distinto al español (artículos 247, 345 y 347 del CPC). Una vez cumplidos los requisitos formales de la demanda, la Corte Suprema dictará “traslado”, en que, al ser un asunto no contencioso, no será necesario realizar el procedimiento de notificación y espera del término de contestación del demandado.

Por lo tanto, cobra especial relevancia la intervención de los Fiscales Judiciales de la Corte Suprema, que tiene como labor examinar todos los antecedentes del proceso, verificando el sistema en que se funda la solicitud de exequátur y si se cumplen con las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico, debe concluir fundadamente si procede conceder o denegar la demanda de exequátur y formular los alcances y limitaciones que considere pertinentes.

⁶⁰ MONSÁLVEZ, Aldo, Reconocimiento y Ejecución en Chile de Sentencias Extranjeras, Editorial Jurídica ConoSur Ltda. 2000, pág 115.

Posteriormente, con el informe del Fiscal Judicial y luego de que se ordene traer los autos en relación, la Corte Suprema dicta sentencia concediendo o denegando el exequátur solicitado. Para su declaración, deberá analizar la existencia o no de tratados internacionales en la materia; a falta de tratados se aplica el sistema de la reciprocidad; y en ausencia de ambos, se aplica el sistema de regularidad internacional, siendo este último sistema el más utilizado en los casos analizados.

Una vez dictada sentencia, para la ejecución de ella, será necesario que se realice ante el tribunal a quien hubiera correspondido conocer del negocio en primera o única instancia, si el juicio se hubiese promovido en Chile. En nuestro caso, al no necesitar una ejecución mediante otro procedimiento judicial, basta con la declaración dada por la Corte Suprema para poder realizar la inscripción ante el Registro Civil.

Las ventajas de este procedimiento se dan en atención a que, en virtud a que actualmente en Haití se ratificaron las Convenciones internacionales importantes relativas a esta materia, es mucho más ágil y rápido el procedimiento de validación una vez que se tiene una sentencia firme y ejecutoriada del país de origen; mostrando a todas luces un beneficio mayor en realizar esta gestión, y con ello evitar la excesiva tramitación que significaría llevar a cabo dos procedimientos de adopción: uno tanto en el país de origen como otro en nuestro país.

Por el contrario, resulta peligroso ampararse exclusivamente de este procedimiento ya que se corre el riesgo de que el tribunal sólo evalúe aspectos procesales, siguiendo el mandato legal que sólo lo obliga a regular la aplicación y ejecución de la sentencia extranjera, sin volver a valorar el contenido de la misma. El riesgo de aquello se amplía si estamos hablando de casos donde se encuentran involucrados niños, por lo que cobra especial relevancia no dejar de lado el principio rector del interés superior del niño, otorgando un poder al juez para que, en virtud de su discrecionalidad fundada, pueda apreciar si la situación de ejecutar la sentencia extranjera es favorable o no para el niño. Esta es la explicación para que, incluso el Fiscal Judicial, decreta que a pesar de no cumplir cabalmente con requisitos procesales, se dé curso a las solicitudes; pero a contrario sensu, puede ocurrir la situación en que una solicitud sea rechazada por no cumplir los aspectos legales, dejando desamparada una situación de hecho en que los niños ya se encuentran en el país con las familias adoptantes.

1.2. Procedimiento de susceptibilidad de adopción y adopción propiamente tal según las leyes chilenas

Según lo establecido en la Ley 19.620 para poder realizar la adopción propiamente tal, es necesario realizar un procedimiento previo llamado susceptibilidad de adopción, que tiene el carácter de contencioso, y al menos en nuestro país, requiere que se cumplan alguna de las situaciones descritas en la misma ley.

El procedimiento de susceptibilidad de adopción tiene aplicación en ciertos supuestos específicos que se encuentran estipulados en los artículos 9, 11 y 12 de la Ley 19.620. Es así como la solicitud que derivará en la declaración judicial de susceptibilidad procederá en los siguientes casos:

- Que los padres no se encuentren capacitado o en condiciones de hacerse cargo responsablemente del menor y que expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el juez competente.
- Que quienes tienen a su cargo al niño se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal, de conformidad al artículo 226 del Código Civil.
- Que quienes tienen a su cargo al niño no le proporcionen atención personal o económica durante el plazo de dos meses. Si el menor tuviere una edad inferior a un año, este plazo será de 30 días.
- Que quienes lo tienen a su cargo lo entreguen a una institución pública o privada de protección de menores o un tercero, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales.
- Que el niño sea descendiente consanguíneo de uno de los futuros adoptantes

Tal como podemos apreciar, el único caso que no tendría aplicación respecto de los niños haitianos, tiene relación con aquel en que deba existir un vínculo de consanguinidad con alguno de los futuros adoptantes

i. Procedimiento del artículo 9º de la Ley 19.620

En este articulado se encuentra la regulación correspondiente a la situación en la cual, los padres del niño sujeto al procedimiento de susceptibilidad de adopción, no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente del menor y expresan su voluntad de entregarlo en adopción.

Del elemento relativo a la incapacidad o falta de condiciones para hacerse cargo responsablemente del hijo cabe mencionar que esto tiene relación con el elemento del cuidado personal de éste, que entendemos como derecho y deber que los padres tienen de amparar, defender y cuidar la persona del hijo o hija menor de edad y participar en su crianza y educación. Siendo así es que involucra todas aquellas decisiones y cuidados que abarcan todos los ámbitos propios del niño o adolescente, como lo es la salud, aspectos valóricos, educación, intereses, etc. De lo anterior, se colige que aquellos padres que no puedan llevar a cabo esta labor de crianza, podrán presentar la solicitud para que su hijo sea declarado como susceptible de ser adoptado. Llama especialmente la atención que tanto la doctrina como la jurisprudencia ha establecido que la mala situación económica no cabe dentro de estos impedimentos, se entiende que el legislador le brinda mayor importancia a lazos e intenciones afectivas que a los aspectos materiales; de todas formas, en casos de extrema pobreza si puede ser considerada la susceptibilidad ya que el problema económico incide a tal punto, que impide el desarrollo del niño en casi todos los ámbitos de su crecimiento.

Con respecto al consentimiento, éste debe ser realizado por ambos padres ante el Juez competente⁶¹, siendo este acto el que inicia el procedimiento. En aquellos casos en que sólo uno de los padres manifieste su voluntad de dar en adopción al niño, el otro padre será citado a la audiencia respectiva para que ejerza su derecho. Aun manifestada inicialmente esta voluntad de entrega del niño por parte de los padres, gozan de un derecho de retracto con un plazo de 30 días desde el momento en que manifiestan el consentimiento de entregar al niño⁶².

Cabe hacer mención a una situación excepcional que se encuentra presente en la normativa relativa a adopción, que corresponde al hecho de que la madre expresa su voluntad de entregar en adopción al hijo que está por nacer, justificando esta decisión por no estar capacitada ni tener las condiciones para hacerse cargo de su hijo. Dentro del análisis relativo a la historia de la Ley 19.620 es posible encontrar que el fundamento de la creación de esta norma tiene relación con el hecho de que "(...) se busca incentivar a las madres que quieran abortar que recapaciten en su decisión ante la posibilidad de poder dar al menor en adopción, evitando de este modo la interrupción del embarazo"⁶³. La diferencia principal con este procedimiento y el establecido cuando el niño ya haya

⁶¹ En relación a este elemento nos remitimos a lo señalado en el punto 2.2

⁶² Artículo 9º de la Ley 19.620.

⁶³ LÓPEZ DÍAZ, Carlos. Reformas de las Leyes de Filiación y Adopción. Santiago de Chile: Editorial Jurídica La Ley Ltda., 2001, pág. 80.

nacido, corresponde al requisito de contar con el patrocinio del SENAME o de alguno de los organismos acreditados en materia de adopción y el deber de ratificar nuevamente su voluntad de entregar en adopción al hijo dentro de los 30 días siguientes al parto: de no realizar este acto la ley entiende que se desiste de la decisión de entrega, la excepción a lo anteriormente dicho será en el caso en que la madre muera antes de poder realizar esta ratificación, situación en la cual, se entenderá suficiente la voluntad manifestada inicialmente.

El procedimiento aplicable se regula en el artículo 9 de la Ley N° 19.620 y se inicia con una solicitud por parte de los padres en que manifiestan su voluntad de entregar al hijo en adopción.

Una vez presentada esta solicitud, el juez efectuará una audiencia preparatoria que será realizada entre el 10º y 15º día desde que se presentó esta solicitud. Esto quiere decir que la audiencia se realizará y aún persistirá el derecho de los padres de ejercer el retracto establecido en la ley, todo esto porque dentro de esta misma audiencia se les recordará este derecho y la fecha exacta en que este derecho de retracto expirará definitivamente.

En los casos en que la manifestación haya sido realizada por uno solo de los padres, el padre que no ha manifestado voluntad alguna deberá ser citado personalmente o a través de avisos en el Diario Oficial si no se logra establecer su domicilio aun cuando se hayan oficiado a las instituciones respectivas, a esta audiencia preparatoria en la cual deberá referirse a la susceptibilidad de adopción de su hijo, en el sentido de aceptarla o rechazarla. Aquellos casos en que el padre no asista a la audiencia se entenderá que su voluntad corresponde a la entrega en adopción del niño en cuestión. La doctrina ha mencionado la posibilidad de que en el caso de que no se manifieste la voluntad de ambos padres, se pueda notificar a otros familiares para que ejerzan el derecho de asistir a esta audiencia preparatoria en que se analizará la situación de susceptibilidad de adopción. Es así como algunos autores manifiestan que si bien legalmente el juez que conoce de este procedimiento no tiene la obligación de citar a los parientes por consanguinidad, podría hacerlo en virtud de sus amplias atribuciones para decretar una o más medidas y debería realizarlo, considerando especialmente el principio de prioridad de la familia biológica del niño ya referido ⁶⁴.

⁶⁴ CORRAL Talciani, Hernán. "Adopción y filiación adoptiva", Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002

Además de la manifestación de la voluntad, el Tribunal deberá acreditar el cumplimiento de la imposibilidad de hacerse cargo del niño en cuestión; para ello es que el SENAME o alguno de los organismos acreditados deberá evacuar un informe en que dé cuenta de la efectividad frente a los requisitos de procedencia. En los casos en que se cumplan los requisitos de la ratificación de los padres o no haya oposición de ellos, y en conjunto al análisis del informe que se mencionó anteriormente, el Tribunal podrá en esta audiencia preparatoria pronunciarse respecto a la declaración de susceptibilidad del menor.

Pero en los casos en que exista una oposición por parte del padre que no interpuso la solicitud o que no exista este informe, el Tribunal deberá citar a una audiencia de juicio que se realizará dentro de los 15 días siguientes a la audiencia preparatoria; con la excepción correspondiente al caso en que dentro de este plazo siga pendiente el derecho a retracto que tienen los padres, en cuyo caso se deberá realizar dentro de los 5 días siguiente al vencimiento de dicho derecho.

La sentencia que se refiere a esta susceptibilidad de adopción se notificará por cédula a los padres solicitantes o de forma personal en el mismo momento que se realice en la audiencia de juicio. Una vez que esta se encuentre ejecutoriada, el SENAME debe incorporar al niño en cuestión en el registro respectivo.

ii. Procedimiento del artículo 12º de la Ley 19.620

Este procedimiento corresponde a todas aquellas situaciones residuales que no puedan ser enmarcadas en ninguna de las situaciones reguladas legalmente Por lo que explica la habitualidad de su utilización.

Procede en los casos en que el menor ha sido declarado judicialmente susceptible de ser adoptado por encontrarse en una situación de desamparo que se configura cuando el padre, madre o persona a quienes se haya confiado su cuidado se encuentren en una o más de las siguientes situaciones

- Se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal, de conformidad al artículo 226 del Código civil. Es importante mencionar que debido a la gravedad que se imputa, la doctrina ha establecido que “se haya presentado o no oposición, el juez debe requerir informes para acreditar que los padres no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo

responsablemente del menor”⁶⁵. Lo anterior deja de manifiesto la dificultad de acreditar esta causal ya que será necesario la realización de una serie de estudios para determinar las habilidades o competencias parentales a través de evaluaciones psicológicas de los padres tanto en su calidad de tales como de sus características psicológicas personales.

- No le proporcionen atención personal o económica durante el plazo de dos meses. Si el menor tuviere una edad inferior a un año, este plazo será de 30 días. Esta falta de atención al niño debe ser imputable a los padres. Aquí también se menciona el hecho de que no constituye causal de abandono ni de inhabilidad una mala situación económica.

- Lo entreguen a una institución pública o privada de protección de menores o un tercero, con ánimo de liberarse de sus obligaciones legales. En este sentido acá es necesario que concurren como requisitos copulativos tanto que los padres hayan entregado a su hijo, persona natural o tribunal; que esta entrega haya sido sin la necesidad de haber mediado de por medio una orden judicial; y que la entrega manifieste este ánimo de desligarse de las responsabilidades parentales, respecto a este último punto es trascendental su procedencia ya que “sólo se presume que hay ánimo manifiesto de entrega del menor cuando ésta no obedece a una causa justificada”⁶⁶. La jurisprudencia es conteste al mencionar que “el hecho de que el niño se encuentre sujeto a una medida de protección y no al cuidado de su madre, no importa necesariamente la configuración de la hipótesis del artículo 12 n°3 dado que esta norma exige el el ánimo manifiesto de los padres de liberarse de sus deberes, elementos subjetivos, que no se advierte en la conducta de la madre ya que si bien fue negligente al exponer a su hijo a un situación de abuso, lo cierto es que la medida fue adoptada por decisión jurisdiccional”⁶⁷

Este procedimiento tiene tres alternativas por las cuales puede iniciarse: de oficio por el Juez de Familia del domicilio o residencia del menor cuando esté conociendo de alguna materia en que esté involucrado el niño; por solicitud del SENAME o a instancia de las personas naturales o jurídicas que tengan bajo su cuidado al menor. A su vez debe

⁶⁵ *Ibíd.*, pág. 183

⁶⁶ BARRIENTOS GRANDON, Javier. *EL Código de la Familia*, ed. LegalPublishing. 2009. Pp. 257.

⁶⁷ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol 3458-2002, fallo de fecha 7 de octubre del año 2002

realizarse otra distinción respecto a la solicitud inicial ya que si es a instancia de una institución pública o privada será necesario que sea presentada por el Director. En el caso de que esta sea una persona natural es menester que se incluya un informe de evaluación de idoneidad. Pero en todos los casos en que el niño no tenga filiación determinada la acción que inicia este procedimiento tiene como legitimado activo exclusivamente al SENAME

Una vez iniciado el procedimiento a través de la solicitud, el juez citará a una audiencia preparatoria dentro del 10º y 15º día desde recibida la solicitud, en que será necesaria la presencia de las personas siguientes:

- I. Ascendientes y consanguíneos del menor hasta el tercer grado en línea colateral
- II. Al menor en su caso
- III. A la o las personas a cuyo cuidado está el menor
- IV. A todo aquel que haya sido mencionado en la solicitud y que pudiese aportar antecedentes para una acertada resolución

Respecto a lo anterior, la citación será notificada de forma personal para los padres del menor exclusivamente, el resto de los citados serán a través de carta certificada. Al igual que como se explicó anteriormente, en aquellos casos en que se ignore el domicilio de alguno de los citados, deberá procederse a la notificación mediante aviso publicado en el Diario Oficial el día 1 o 15 del mes que corresponda, una vez que se agoten todos los recursos para identificar el domicilio de la persona, a través del respectivo requerimiento a las instituciones encargadas del asunto, como lo son el Servicio Electoral o el Registro Civil e Identificación u otras instituciones que puedan brindar domicilio alguno de la persona a la cual se requiere notificar.

La consecuencia jurídica de las causas por las que las personas citadas no comparezcan a la audiencia respectiva, será que las resoluciones surtirán efecto respecto de ellas desde que se pronuncien, y existirá una presunción de consentir favorablemente en la declaración de susceptibilidad de adopción del niño en cuestión.

En la audiencia preparatoria mencionada se procederá a resolver sobre la veracidad de los hechos y las circunstancias que se invocan; se tendrá especial consideración a todos los informes que se evacuen y rindan sobre el hecho específico. En el caso de que en esta audiencia no medie oposición alguna y los medios permitan

acreditar prueba suficiente para otorgar el convencimiento necesario al juez, se dictará sentencia inmediatamente.

Cuando, en esta audiencia, medie oposición o no existan los antecedentes necesarios para lograr obtener la convicción necesaria por parte del juez, se citará a una audiencia de juicio dentro de los 15 días siguientes a la preparatoria, en la que se analizará la prueba y la viabilidad de la susceptibilidad.

La resolución correspondiente a la sentencia definitiva que falla sobre la susceptibilidad el niño en autos, será notificada por cédula a los solicitantes o personalmente en audiencia en aquellos casos que así proceda.

iii. Adopción propiamente tal

El procedimiento se inicia a través de la solicitud firmada por todos los interesados en ella cuya voluntad se requiera. Esta firma deberá ser ante la presencia del secretario del tribunal, quien deberá certificar la identidad de los comparecientes. A su vez debe acompañarse 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, de acuerdo al procedimiento previo en materia de adopción o en su caso la certificación del secretario del tribunal o certificados que acrediten la declaración de susceptibilidad del niño en autos y el informe de evaluación de idoneidad física, mental psicológica y moral del o los solicitantes.

Con los antecedentes anteriormente mencionados, el juez acoge a tramitación la petición realizada, pudiendo decretar de oficio todas aquellas diligencias necesarias para complementar la evaluación de idoneidad de los solicitantes. Estas diligencias tendrán el plazo fatal para efectuarse de 60 días, cuyo incumplimiento implicará tenerse como no decretadas estas diligencias.

En aquellos casos en que no se haya otorgado previamente el cuidado personal del niño en cuestión, podrá el juez decretar lo provisoriamente en favor de los solicitantes siempre que considere que existen los anteceden. De todas formas al ser provisorio esto podrá ser dejado sin efecto en cualquier momento en que el juez considere que, en atención al interés superior del niño, la medida le genere un perjuicio mayor que el beneficio.

El Juez, una vez obtenidos los antecedentes, ordenará agregar los antecedentes del procedimiento previo, citará al menor en su caso y a los solicitantes con todos sus medios de prueba y antecedentes a una audiencia preparatoria que deberá celebrarse entre los 5 y 10 días siguientes. En esta audiencia el juez podrá decretar sentencia definitiva siempre que considere que los antecedentes que se le presenten permitan acreditar de forma suficiente como para generar la convicción de que es altamente ventajosa la adopción.

En la audiencia de juicio, que será efectuada dentro de los 15 días siguientes a la realización de la audiencia preparatoria, se dictará sentencia definitiva. Esta última será notificada por cédula, a menos que se practique en la misma audiencia de juicio, en cuyo caso se entenderán notificados personalmente en ella misma. La sentencia que rechaza la solicitud de adopción cesará inmediatamente con el cuidado personal provisorio que se hubiese decretado, ordenando la entrega del niño a quien en la misma sentencia se determine. Frente a esta resolución procede el recurso de apelación que se tramita según las reglas de los incidentes. Quiere decir que el tribunal lo conocerá en cuenta a menos que se soliciten alegatos, y goza de preferencia tanto en la vista de la causa como en el fallo ante la Ilustre Corte de Apelaciones.

Las ventajas de seguir estas alternativas son claras: existe una legitimidad y respeto por los derechos, es un procedimiento que cumple todos los principios de la Convención y permite brindar la seguridad jurídica que ha resultado tan problemática para todos los padres adoptantes. Es claro que nuestros tribunales serán coherentes en entender de que si se dan los supuestos legales, los efectos jurídicos deberán ser amparados por nuestro ordenamiento, gozando de toda la certeza y seguridad para así proteger los intereses de todos los niños involucrados en estos procedimientos.

Si bien este escenario positivo es bastante alentador, el problema se da en la práctica: el principio de bilateralidad de la audiencia genera graves atados al desarrollo de esta alternativa. La necesidad de entregar un consentimiento con requisitos específicos, o al menos tener el derecho de oposición de los padres biológicos genera la necesidad de notificarlos en el lugar donde se encuentran; el proceso de exhortar hasta Haití para conseguir efectivamente el aviso a los padres provoca que en numerosos casos esto resulte imposible. Debemos recordar la precariedad existente en Haití, lo que provoca que no exista certeza del paradero de los padres, y en muchos casos incluso se desconoce la identidad de ellos. Dejar a la deriva a niños por el hecho de que los padres jamás podrán ser notificados demuestra que incluso la excesiva legalidad puede traer

mayores inconvenientes para los principios que inspiraron este procedimiento.

1.3. Aplicación Convenciones Internacionales

Tal como bien se explicó en el segundo capítulo de esta tesis, respecto de la aplicación de las Convenciones Internacionales, es necesario realizar un procedimiento de integración de la norma, en la cual, será la misma Convención la que determine las normas aplicables.

Siendo así, las Convenciones que son aplicables y ya han sido desarrolladas, permiten identificar una posible solución para aquellos casos en que no hay un procedimiento bilateral entre el país de origen y el de llegada de los niños adoptados. Reconociendo que esta alternativa es la que teóricamente debiese brindar los mejores resultados, dado que se pone justamente en el caso en que no exista norma interna que solucione el conflicto, existe un problema del que no se hace cargo: la regulación fáctica respecto de las Autoridades Centrales. Basado incluso en lo mencionado por nuestra misma Autoridad Central, el SENAME, es sumamente difícil realizar un procedimiento bilateral de adopción respecto a Haití, ya que, ellos no cuentan con una Autoridad Central que permita canalizar las solicitudes y gestionar que en el mismo país se respeten los derechos de los niños involucrados.

Cabe esperar que nuestra Autoridad Central logre tomar la iniciativa respecto a mayores relaciones bilaterales entre ambos países, y con ello favorecer la regulación y el respeto de las leyes internacionales.

Las alternativas anteriormente desarrolladas fueron explicadas con el objetivo de entender el problema y las soluciones actuales que pueden ser utilizadas, reconociendo claramente que no existe ningún procedimiento que permita subsanar todas las falencias existentes en nuestro ordenamiento; y entendiendo que estas soluciones “parche” están lejos de lo esperado para nuestro país. Es así como esta investigación permitió dar a conocer y se realizaron con el fin de subsanar una serie de deficiencias observadas que serán analizadas en el siguiente apartado.

2. Deficiencias observadas en el sistema analizado

2.1 La legislación nacional

Una de las grandes falencias que pudimos observar de la investigación realizada y los casos prácticos analizados, resulta ser la legislación chilena que regula la adopción internacional. Directamente nos posicionamos por tanto en el principal instrumento legislativo que rige la materia: La ley N° 19.620, que dicta normas sobre adopción de menores.

Tal y como anteriormente enfatizamos, la ley actual resulta a todas luces deficiente en materia de adopción internacional, a raíz de lo cual, quienes sufren las mayores consecuencias son precisamente los sujetos que esta ley debiese proteger: los niños. La carencia más evidente en la materia es aquella que ya latamente ha sido tratada: nuestra ley no contempla en modo alguno la hipótesis discutida actualmente, cual es, la posibilidad de que padres residentes en Chile adopten niños en el extranjero. Con este respecto cabe agregar, esta vez desde la mirada más crítica, lo insólita que esta situación resulta hoy, a casi 20 años desde la creación de la ley 19.620 sobre normas de adopción, con un país que mantuvo amplios niveles de crecimiento antes descrito y que han traído consigo innumerables cambios sociales y culturales que deben ser de un modo u otro incorporados a nuestra legislación.

No existe hoy en día explicación alguna que avale el hecho de que la hipótesis mencionada no se incluya dentro del tipo legal, aún cuando existen amplias estadísticas del interés creciente de padres chilenos por adoptar niños extranjeros y que sólo en los pocos datos a los que hemos logrado tener acceso durante nuestra investigación, nos hemos enfrentado ya con 6 niños haitianos⁶⁸ que han sido adoptados por padres chilenos a través de prácticas que han tenido que ser en cierto modo utilizadas por nuestra jurisprudencia para rellenar un importante vacío legislativo. Todo esto, repetimos, únicamente a partir de nuestra investigación, enfocada en un pequeño grupo humano y temporal dentro de esta hipótesis, vale decir, contemplando sólo adopción de niños haitianos, y únicamente entre el año 2012 y la actualidad. Los casos existentes en Chile, si bien son de difícil acceso, a ojos de todos son un hecho conocido, que viene produciéndose desde hace un largo período de tiempo. Existen con este respecto libros,

⁶⁸ Si bien es este el número de niños haitianos involucrados en los casos de adopción analizados en la presente tesis, cierto es que nuestra investigación nos permitió tomar conocimiento de a lo menos 6 casos más de niños de dicha nacionalidad adoptados por padres de nuestro país, a cuyas sentencias no pudimos tener acceso por el carácter reservado de los procedimientos.

reportajes, noticias y artículos que datan de diferentes fechas y que dan cuenta a nuestra sociedad de esta realidad existente en nuestro país, que en el tiempo no ha hecho más que ampliarse, aún cuando gran parte de estos medios dan cuenta de una innumerable cantidad de trabas provocadas especialmente por la falta de regulación.

No es extraño ni fuera de lugar, por tanto, el cuestionarse la inercia del legislador ante esta realidad, provocándose con ello un efecto no menor, cual es, el someter a un niño, niña o adolescente a la decisión de un Juez que debe suplir el vacío legislativo existente por otros medios en cada una de las causas sometidas a su conocimiento, siendo inevitable un cierto grado de arbitrariedad e incertidumbre dada por la voluntad del sentenciador.

Aquello es claramente visible a partir del análisis de fallos anteriormente realizado, particularmente de aquellos que utilizaron el procedimiento de exequátur. Efectivamente no podemos criticar de forma negativa el respeto a las leyes invocadas por el máximo tribunal en las resoluciones analizadas, ni el resultado en sí al que se arriba a partir de la aplicación de dichas normas. Sin embargo, más allá de las falencias más obvias, como la larga duración de los procesos, existe un tema muy propio del derecho: el exequátur es por esencia un procedimiento formalista cuyos requisitos y principios distan de relacionarse con el derecho de familia, lo que deja íntegramente en manos del país extranjero el procedimiento de adopción en sí, sin realizarse posteriormente por el máximo tribunal mayor análisis al respecto. De los tres casos de exequátur analizados, sólo en uno se vuelve realmente visible la consideración primordial del interés superior del niño, por sobre lo meramente procesal⁶⁹, lo que en condiciones similares demuestra el grado de arbitrariedad y diferencia que puede haber en la forma de resolver de los sentenciadores, al no existir una norma unificadora del procedimiento y criterio a utilizar.

Igualmente digno de cuestionamiento resulta el procedimiento utilizado por el Juzgado de Familia de Buin en causa RIT A-32-2012, el cual si bien resulta más afín al análisis de las necesidades e interés de la niña adoptada, involucra una serie de conductas riesgosas o derechamente vulneratorias de sus derechos: la situación jurídica irregular en la que se mantiene la niña a su llegada al país⁷⁰, la falta de legalización de sus documentos y, con ello, ausencia de una autoridad que pudiese monitorear su

⁶⁹ Rol 2843-2014, Corte Suprema de Chile.

⁷⁰ Indica la sentencia analizada en su página 3: “Indicaron que M.D. ingresó al país con visa turista que venció en septiembre pasado y, dado que la legalización de los documentos de M.D. no llegaron sino hasta diciembre de 2011, no había sido posible iniciar los procesos legales respectivos que les permitieran obtener la residencia temporal de la niña”

situación y condiciones, la carencia de una persona dentro del país que fuese jurídicamente responsable de ella, al no contar con miembros de su familia biológica, ni detentar los solicitantes en su momento ningún tipo de cuidado personal en su favor. Esta última situación sólo se revierte al conceder el referido tribunal el cuidado personal provisorio de la niña a los padres solicitantes, con fecha 24 de febrero de 2012, en circunstancias que la niña ingresó a nuestro país junio del año 2011.

Todo lo anteriormente descrito da cuenta de esta gran carencia normativa en el territorio nacional, situación que, tal y como anteriormente analizamos, parece repetirse en un importante número de situaciones de hecho que no cuentan con su necesaria regulación legislativa.

2.2 La institucionalidad: la falta de intervención por parte del Servicio Nacional de Menores (SENAME).

El Servicio Nacional de Menores “es un organismo gubernamental centralizado, colaborador del sistema judicial y dependiente del Ministerio de Justicia. Se encarga de la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, y de jóvenes entre 14 y 18 años ante el sistema judicial. Además se ocupa de regular y controlar la adopción en Chile.”⁷¹

De dicha descripción que nos ofrece el sitio web del propio SENAME, no resulta extraño desprender que es este el organismo encargado del bienestar de la infancia en el territorio nacional, y por tanto, el supervisor y protagonista de los procedimientos de adopción que se lleven a efecto dentro de este. Fue esto lo que en definitiva nos condujo hacia dicho servicio, a fin de conocer el rol y posición de la máxima autoridad de la infancia en nuestro país respecto a la adopción internacional de niños haitianos por padres chilenos.

A través de la entrevista y conversaciones telefónicas realizadas pudimos conocer en primer término la posición negativa que SENAME mantiene respecto a este tipo de adopción, antiguamente por la falta de ratificación del Convenio de la Haya correspondiente por parte del país haitiano, y luego por la falta de ley, complejidades en la implementación de dicho Convenio y la falta de un organismo acreditado en dicho país para desarrollar un programa de adopción. Esta posición es reforzada luego del comunicado de UNICEF anteriormente citado en el presente trabajo, publicación que provoca que el organismo nacional en definitiva se reste y desentienda de estos procesos

⁷¹ SENAME. Nuestra Institución [En línea] <<http://www.sename.cl/web/nuestra-institucion/>> [Consulta: 24 de febrero de 2018]

de adopción, que sin embargo, contra todas las trabas institucionales, siguió sucediendo y aumentando hasta los tiempos actuales.

Es respecto a esta última situación de hecho, de la que SENAME se ha restado en forma absoluta en la última década, situación claramente graficada en su respuesta emitida a solicitud de acceso a información pública folio N° AK004T0001408 realizada, en la que entre otras cosas dispone: “En consecuencia, desde la entrada en vigencia del Convenio de la Haya en Haití, no es posible que personas residentes en Chile adopten niños/as en dicho país, ni pretendan traerlos a nuestro país con fines de adopción, pues ello implicaría vulnerar la legislación imperante en ambos estados”. Pues bien, tal y como latamente hemos analizado, esta situación es “un imposible” que claramente sí se ha producido en nuestro país, que ha ido en aumento con el paso de los años, y pese a ello, nadie se ha hecho cargo.

Aún cuando con su posición el organismo mencionado ha buscado actuar conforme a la ley, resulta claro que en los hechos, la falta de reacción por parte del legislador, sumada a la de las instituciones chilenas, ha provocado una grave vulneración a los derechos de los niños haitianos que arriban a nuestro país, ya sea con una sentencia de adopción ya declarada en el país haitiano, que debe hacerse cumplir en el territorio nacional, o ingresando en una situación irregular, con visa de turismo, o por situaciones humanitarias.

Lo cierto es que hoy nadie se está haciendo cargo de estos niños, bajo el simple pretexto de cumplir la ley; pero en los hechos, la desprotección e incertidumbre de la infancia se vuelve mayor, interviniendo el SENAME únicamente cuando ya se ha producido una grave vulneración a sus derechos, en circunstancias que esta podría haberse evitado con una mayor fiscalización previa del procedimiento llevado a cabo.

Directamente relacionado a aquello, y a los movimientos migratorios progresivos hacia nuestro país, se encuentra el aumento explosivo de la institucionalización de niños extranjeros en Chile. Tanto es así que entre el año 2010 y el 2017 se ha cuadruplicado la cantidad de niños extranjeros institucionalizados⁷², lo que da cuenta de que en nuestro país es esta finalmente la opción a la que propende el sistema institucional, por sobre el hacerse cargo e intervenir en las situaciones de hecho existentes, y ello sin adentrarnos en las ya públicas deficiencias y abusos que se producen dentro de los hogares y centros

⁷² AHORANOTICIAS, Mega. En 7 años se ha cuadruplicado cifra de niños extranjeros en el SENAME [En línea] <<http://www.ahoranoticias.cl/programas/reportajes/209749-en-7-anos-se-ha-cuadruplicado-cifra-de-ninos-extranjeros-en-el-sename.html>> [Consulta: 24 de febrero de 2017].

de menores en Chile.

La no intervención de esta institución en los casos analizados ha sido tal, que tampoco cuentan con una base de datos cierta de los niños haitianos que ingresan a nuestro país en situación irregular, o de aquellos que ingresan con una sentencia de adopción en el país extranjero, todo lo cual se encuentra graficado en las respuestas, o falta de ellas, que obtuvimos ante las numerosas solicitudes de información pública, entrevistas y llamadas telefónicas realizadas con la institución.

Aún cuando este no sea un tipo de adopción promovido por SENAME, situación que de por sí nos resulta digna de discusión, la absoluta falta de intervención y entendimiento actual por parte de la máxima autoridad en infancia de nuestro país respecto a estos niños, niñas y adolescentes que ya se encuentran en territorio nacional, nos parece especialmente preocupante, siendo esta una más de las falencias que deben ser subsanadas a corto plazo por el servicio, a nivel institucional.

2.3 Instituciones vinculadas a niños extranjeros.

Respecto a todas aquellas instituciones que si bien no tienen como fin primordial el cuidado de los derechos de los niños, es imposible negarles un grado de responsabilidad ya que indirectamente tienen relación con el problema desarrollado.

El fondo del problema radica en que pareciera ser que nadie se hace cargo de los niños, demostrando una vez como efectivamente son el sector más vulnerable de nuestra población, y que contrario a lo que debiese esperarse, siguen estando desprotegidos por la institucionalidad nacional.

El Instituto Nacional de Estadísticas (INE) considera que no es su labor llevar registro de los ingresos de niños haitianos a nuestro país, dando a entender que sería el Registro Civil el encargado de llevar a cabo el conteo de estos ingresos. El problema es que el INE entrega al país más de 70 indicadores de calidad en una diversidad temática que incluye empleo, precios, población, cultura, seguridad ciudadana, economía y otros aspectos relevantes para la toma de decisiones en políticas públicas. Por lo tanto, resultaría al menos importante que dentro de los indicadores tomara en consideración los niños extranjeros que existen en nuestro país, y en qué calidad se encuentran, para así poder reaccionar frente a posibles problemas que puedan desencadenarse en esta parte de la población.

De igual manera resulta interesante que el Registro Civil no lleve registro de ello, en atención a que todos los ingresos permanentes y aquellas personas que obtengan identificación en nuestro país, deben pasar por este organismo para lograr llevar un conteo fidedigno de la población de nuestro país y el estado en el que se encuentran, a su vez, existe una obligación adicional respecto a las inscripciones de adopciones y de las sentencias o instrumentos que den cuenta del titular del cuidado personal de un niño . De todas maneras, es necesario mencionar que al menos existe una esperanza cierta de que actualmente y a futuro exista una mayor preocupación respecto a los niños extranjeros, en relación al nuevo registro existente y al que tuvimos acceso; es claro que se reconoce la falencia existente y al menos se busca enmendar, pero se debe continuar avanzando, dado que debe existir una actitud más activa entre las dos instituciones ya mencionadas.

El Poder Judicial tiene un rol mucho más pasivo y difícil de compatibilizar respecto a este conflicto. Ya explicamos que respecto a las causas de familia existe un deber de secreto para resguardar el derecho de identidad de los niños involucrados, y si hablamos de adopción este principio se aplica de manera mucho más estricta. Lo anterior está plenamente justificado para contrarrestar la publicidad inmersa en los procedimientos judiciales. El problema no se solucionará permitiendo el acceso libre a los procedimientos que regulen la adopción de niños extranjeros, sino que debe existir una sistematización interna dentro del mismo Poder Judicial que permita descifrar la existencia de esta falta de regulación; si bien los jueces no son los encargados de la creación de normas, son los que las aplican en el caso concreto, y por tanto, es sumamente beneficioso para el ordenamiento la unificación de criterios para proteger a los niños y niñas que se encuentran en nuestro país.

Por todo lo anteriormente mencionado es que queda en evidencia la falta de interés cierto y efectivo respecto a encontrar soluciones que permitan subsanar uno de los tanto problemas que afectan a la infancia de nuestro país.

2.4 El entorpecimiento del interés superior del niño

Todas las situaciones anteriormente descritas, vale decir, la deficiencia legislativa e institucional y la inexistencia de una base de datos respecto a los casos de niños haitianos adoptados por padres chilenos, traen consigo una gran consecuencia general: el entorpecimiento y vulneración al interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

No resulta en modo alguno conforme al espíritu del legislador el que finalmente

sea la misma ley y la falta de ella, en conjunto con el mal funcionamiento institucional, lo que entorpezca el ejercicio efectivo del interés superior de los niños, el cual de acuerdo a las numerosas disposiciones legales antes citadas, debe ser la consideración primordial en la materia actualmente tratada. Los grandes perjudicados por nuestra falta de reacción resultan ser estos niños que viven el día a día en nuestro país muchas veces bajo la incertidumbre de no saber si al día siguiente podrán seguir viviendo junto a su nueva familia, o serán trasladados a un hogar de menores de dudosa funcionalidad. “Muchos padres se sienten temerosos de que les quiten a esos niños o que la PDI llegue a sus casas y descubra que sus niños no tienen la visa al día”⁷³, situación que bajo la modalidad que actualmente opera en Chile, resulta absolutamente posible.

Aún con los limitados datos a los que tuvimos acceso durante el desarrollo de la presente investigación, es dable observar fácilmente que la adopción de niños haitianos en su país de origen por padres chilenos, es un hecho de interés creciente en nuestro país, que viene ocurriendo hace al menos 9 años. Los niños ya están en Chile y por tanto, ya son responsabilidad de las entidades estatales correspondientes y del legislador, pues la estrategia de mantener indiferencia ante esta realidad evidente, de “hacer como que no está ocurriendo” hasta que parece existir algún tipo de vulneración, está dañando a quienes se supone nuestras leyes de familia deberían proteger.

Señala Cillero respecto a los derechos del niño que estos “no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla”⁷⁴. Estos derechos por tanto constituyen no sólo un limitante de la acción estatal, sino un imperativo de reacción a los poderes del estado ante situaciones que pudieren resultar vulneratorias de los niños, niñas o adolescentes. La situación actual se encuentra en tanto derechamente vulnerando, o poniendo en riesgo de vulneración, los siguientes derechos de los niños: (i) Derecho a la vida, supervivencia y desarrollo; (ii) Derecho a la identidad; (iii) Derecho a vivir en familia; (iv) Derecho a la igualdad sustantiva; (v) Derecho a no ser discriminado; (vi) Derecho a la protección de la salud y a la seguridad social; (vii) Derecho a la educación; (viii) Derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso; entre otros.

⁷³ SOLARI, CAROLA. 2011. Una Sentencia Pendiente. Revista Paula [En línea] <<http://www.paula.cl/reportajes-y-entrevistas/reportajes/adopciones-de-ninos-haitianos-una-sentencia-pendiente/#>> [Consulta: 24 de febrero de 2018]

⁷⁴ CILLERO, Op. Cit., p.5.

Urge por tanto que en corto plazo nos preguntemos: ¿Será realmente en favor de su interés superior, el que un niño haitiano pase de un hogar de menores en su país de origen, al SENAME en Chile por falta de apoyo y regulación de su situación jurídica? ¿Quién está actualmente respondiendo por los niños que llegan a nuestro país, con filiación y situación jurídica indeterminada si ninguna institución se siente responsable? Urge la Ley. Necesitamos un cuerpo legislativo que establezca un encargado, que unifique los procesos y permita de esta forma a los niños encontrar efectivamente la mejora en su calidad de vida que en su país de origen les prometieron. Y no solo eso, pues dada la pobreza en que muchos viven en Haití, podríamos escudarnos en que “cualquier realidad será mejor que la que tenían”; sin embargo, los estándares nacionales e internacionales y el propio interés superior del niño nos exigen mucho más: estos niños merecen una respuesta estatal que les permita no solo una pequeña mejora, sino la máxima realización posible de sus derechos fundamentales que el estado chileno pueda darles, situación que se aleja profundamente de la realidad actual.

Cabe destacar en este punto que si bien el proyecto de Ley de adopción contemplado en el Boletín 9119-18, actualmente en tramitación, contempla en sus artículos 50, 51 y 52⁷⁵ la hipótesis de adopción de niños, niñas y adolescentes residentes en el extranjero por personas residentes en Chile, lo hace de una forma tan limitada que,

⁷⁵Los citados artículos indican: “Párrafo 2° Adopción de niñas, niños o adolescentes residentes en el extranjero por personas residentes en Chile

Artículo 50.- Solicitud de adopción de niñas, niños o adolescentes residentes en el extranjero. Las personas con residencia permanente en Chile que deseen adoptar a una niña, niño o adolescente con residencia habitual en el exterior, deberán presentar su solicitud ante el Servicio, o ante un organismo acreditado nacional que haya obtenido autorización para operar en el Estado de origen, con el objeto que se evalúe su aptitud e idoneidad y se les proporcione orientación y apoyo de acuerdo a la legislación de dicho Estado, cumpliendo las demás disposiciones del Convenio.

Artículo 51.- Traslado de la niña, niño o adolescente e inscripción de la adopción. Con el mérito del certificado previsto en el artículo 23 del Convenio, emitido por la autoridad competente del Estado de origen que acredita la conformidad del procedimiento de adopción con las disposiciones del referido instrumento, el Servicio autorizará el traslado a Chile de la niña, niño o adolescente de quien se trate. Una vez llegado el adoptado, con el mérito de dicho certificado, así como de la sentencia que haya otorgado la adopción en el Estado de origen, el Servicio solicitará al Registro Civil que practique la inscripción de nacimiento de la niña, niño o adolescente como hija o hijo de los adoptantes.

Artículo 52.- Efectos de la adopción de niñas, niños o adolescentes residentes habituales en el exterior. Se aplicará al respecto, lo previsto en el Párrafo 3° Título IV de la presente ley. La niña, niño o adolescente adquirirá la nacionalidad chilena, si se dan los supuestos previstos en el artículo 10 N° 2 de la Constitución Política de la República. En caso de tratarse de extranjeros residentes permanentes en Chile, el Servicio tendrá que verificar, previamente al acuerdo mencionado en el artículo 17 del Convenio, que la niña, niño o adolescente adoptado podrá adquirir la nacionalidad de al menos uno de los adoptantes.

Artículo 53.- Trámites postadoptivos. El o los adoptantes deberán cumplir en los plazos establecidos los trámites postadoptivos previstos por la legislación del Estado de origen. Serán asesorados para ello por el Servicio o el organismo acreditado patrocinante. Asimismo, deberán facilitar la información, documentación, entrevistas y visitas domiciliarias que se requieran para la emisión de los informes de seguimiento postadoptivo exigidos por el Estado de origen.”

en definitiva, no da verdadera solución a los problemas descritos en esta tesis. Se exige por ejemplo para estos efectos, la existencia de un organismo acreditado nacional que haya obtenido autorización para operar en el Estado de origen del niño, que será finalmente la institución que evalúe la idoneidad de los potenciales adoptantes y les proporcione apoyo y orientación respecto a la legislación del país extranjero; Persiste por tanto la pregunta crítica anteriormente realizada: ¿Qué pasará en los casos de niños, niñas y adolescentes provenientes de países como Haití, en que no exista dicho organismo mediador? ¿Quién se hará responsable de ellos, si con la legislación vigente podrán aún ingresar en situaciones irregulares a nuestro país y quedarse aquí bajo condiciones vulneratorias? Son preguntas aún sin resolver en el proyecto aludido, y que cabe naturalmente cuestionarse, pues no estamos hablando de casos meramente hipotéticos, sino de una realidad que ya opera en nuestro país, a la que el legislador debe responder en función del interés superior de los niños, niñas y adolescentes adoptados.

CONCLUSIONES

La realidad nacional es clara: estamos frente a un constante y creciente fenómeno de ingreso de extranjeros en nuestro país. El desarrollo económico frente a la pobreza de ciertos sectores de América han hecho de Chile un lugar atractivo para volver a comenzar.

Nadie puede quedar ajeno a este intercambio ético existente, en el día a día es posible apreciar que cada vez somos una sociedad más rica en cultura y diversidad gracias al ingreso de extranjeros que combinan sus tradiciones frente a las arraigadas en nuestro país.

En este escenario, es posible apreciar una serie de falencias en la legislación, hemos quedado al debe respecto de actualizar nuestra realidad jurídica frente a la realidad social, lo que ha provocado una desigualdad y vulneración de derechos fundamentales importantes. Lo anterior ya es parte de la agenda social de los Gobiernos, quienes constantemente están buscando la mejor manera de solucionar la falencia creada. A lo mencionado anteriormente se le debe sumar un aspecto trascendental: si ya hemos establecido que los inmigrantes están insertos en un sector vulnerable de esta población, quienes son los más afectados son los niños; ellos jamás eligen dejar su país e ingresar a otro, ellos jamás deciden respecto a su futuro; y por lo mismo, no tienen responsabilidad respecto a las decisiones que recaen sobre ellos, por tanto debiese ser la Autoridad la que vele por el respeto de sus derechos.

Respecto a esta última situación descrita, en el contexto del terremoto que azotó a Haití, hubo un interés noble por parte de familias chilenas de adoptar niños haitianos que se encontraban en situación de desamparo por la pobreza que afecta a su país natal. Al intentar llevar a cabo sus deseos, se encontraron frente a una nula orientación, falta de procedimiento y ninguna asesoría por parte de las autoridades de nuestro país, quienes se excusaron argumentando que al ser un asunto bilateral, era imposible unir criterios frente a un ordenamiento que no contaba con la regulación necesaria para dar cabida al proceso de adopción plena que buscaban estos padres chilenos. Frente a ello, fueron los propios padres quienes solicitaron asesoría legal para intentar lograr traer a Chile a los niños que querían adoptar, teniendo numerosas complicaciones por la falta de regulación en Chile de esta materia.

Tal como se ha dicho durante toda esta presentación, es plenamente entendible

que para la época de dictación de la Ley 19.620 nuestro país no considerara la adopción extranjera por parte de parejas residentes en Chile de niños extranjeros; pero actualmente es imposible no hacerse cargo de la existencia de este problema. Por lo mismo, queda claro que queda mucho camino por recorrer para proteger debidamente el interés superior de los niños.

Primero fue el llamado de la UNICEF para limitar la adopción de niños haitianos; luego fue el que Haití no había suscrito la Convención de la Haya sobre adopción; ahora es la falta de un organismo que se encargue concretamente de esta adopciones; y así la realidad sigue, los años pasan y la situación normativa e institucional se mantiene exactamente igual, modificándose únicamente las excusas para eximirse de la responsabilidad correspondiente, no sólo respecto a niños haitianos, sino también de otros países de latinoamérica que se enfrentan al hecho de que en Chile no existe un procedimiento legislativo unificado que regule su adopción. Leímos muchos testimonios de las “odiseas” que pasan los padres chilenos de estos niños, que con desesperación invierten una gran cantidad de tiempo y dinero para lograr que sus hijos lleguen a estar en una situación regular, como sus hijos, en nuestro país. Pero ciertamente los más vulnerados son ellos, los niños, que normalmente carecen de la voz necesaria para manifestar sus propias odiseas.

Probablemente la deuda histórica más grande que tiene el Estado de Chile es con la infancia y a su respecto, cualquiera con un mínimo conocimiento mediático podría nombrar innumerables tareas pendientes. Concretamente, respecto al tema en estudio, pensamos que la prioridad actual se encuentra en lo que ya extensivamente hemos mencionado a lo largo de esta tesis: La creación de una ley que contemple la adopción internacional de niños, niñas y adolescentes en ambas hipótesis, pero de forma tal que de una respuesta efectiva a la realidad actual y no limitándose a hipótesis utópicas de muy difícil aplicación como lo es lo regulado en el actual Proyecto de Ley , cumpliendo de esta forma un rol de unificación y normativización de los procesos que permita la garantizar mínimamente los derechos de todos los involucrados. No podemos seguir delegando en nuestros jueces la tarea de aplicar normas por analogía, de extender indefinidamente la legislación vigente para que un niño, que lleva varios años viviendo con su familia chilena, pueda seguir haciéndolo en una situación regularizada, pues pudimos analizar cómo esto se presta para soluciones y procesos diferenciados, basados casi exclusivamente en el criterio y discrecionalidad del Magistrado conocedor de la causa, en vez de los principios y normas reguladores de la materia. La Ley, una vez más, no está vigente a la realidad social y cultural de nuestro país, y para el caso de los

niños, constituye un deber imperativo actualizarla en función de la máxima realización de sus derechos. “No es posible permanecer indiferente ante interpretaciones del interés superior del niño que tienden a legitimar decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce”⁷⁶.

En ese sentido, cabe también cuestionarse acerca de la institucionalidad de infancia que rige en nuestro país a un nivel jurídico y legislativo, pues no deja de llamar la atención el hecho de que todos seamos históricamente conscientes de las profundas deficiencias y abusos del sistema, particularmente del Servicio Nacional de Menores como autoridad central en la materia, y aún así, la situación continúa inmutable, como si no fuese susceptible de ser modificada. Se crean instituciones nuevas, o incluso se actualizan algunos cuerpos legales, pero el SENAME persiste con las mismas funciones múltiples, que van desde encargarse del sistema de adopción en su totalidad, hasta la reinserción social de adolescentes imputados y/o condenados conforme a la Ley 20.084. La realidad es que hoy en día el SENAME no da a vasto, y todos somos testigos de cómo nuestros niños carecen totalmente del cuidado que requieren al estar dentro de los hogares respectivos, para luego muchas veces pasar a estar insertos en el sistema penitenciario.⁷⁷ Curiosamente ello sin embargo no nos lleva a pensar en modificar el SENAME o en general la institucionalidad de infancia en Chile, sino en alejar lo más posible a nuestros niños de sus “garras”, aún cuando ello implique el mantenerlos en una situación de irregularidad y ocultamiento de las autoridades pertinentes, como ha ocurrido históricamente con niños haitianos que ingresan en forma poco clara a nuestro país.

Ciertamente podemos afirmar que Chile una vez más está atrasado en materias de infancia y familia: la economía crece, los índices de pobreza se reducen, e incluso las fuentes laborales aumentan, lo que nos sitúa incluso como referentes a nivel latinoamericano, pero nuestros niños siguen desprotegidos y susceptibles de ser gravemente vulnerados. Un gran avance en ese sentido constituye la reciente creación de la Defensoría de los Derechos de la Niñez, sin embargo, es dable destacar que esta ya existía en más de 70 países, dentro de ellos, Costa Rica, Guatemala, Colombia, Nicaragua, Bolivia, Perú, Ecuador, República Dominicana, Venezuela⁷⁸, entre otros, varios de los cuales cuentan a su vez con una multiplicidad de instituciones y normas

⁷⁶ Ibid. P.2.

⁷⁷ Según estudio realizado por Fundación San Carlos de Maipo, uno de cada dos reos de la población penal adulta pasó por un centro de menores durante su infancia o adolescencia.

⁷⁸ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. El Defensor de los Derechos de la Niñez en Chile: Hacia un verdadero Garante de su Interés Superior. [En línea]
<https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-52002017000100009&script=sci_arttext>
[Consulta: 25 de marzo de 2018]

especializadas en la infancia de las que Chile claramente carece.

Concretamente respecto a la adopción de niños extranjeros, importante sería a su vez contar con una real base de datos y estadísticas, que incluyera todos los casos de niños extranjeros que han ingresado a nuestro país sin sus padres biológicos o por razones humanitarias. Solo esto permitiría al Estado velar por la protección de cada uno de esos niños que, al encontrarse dentro de territorio nacional, se encuentran dentro de la esfera de protección no solo de SENAME sino de todos los poderes del estado. Si vamos a aplicar la legislación bajo un criterio de *lex locus regit actum*⁷⁹, pues con mayor razón dicho criterio debe aplicarse también a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, debiendo el interés superior de cada uno de ellos primar en todo acto en que se vean involucrados en nuestro país.

Es tiempo de reaccionar, de pensar en soluciones concretas para que la Ley pueda actuar como respuesta a cambios sociales tan arraigados como los evaluados. Es tiempo de ver a los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de derecho susceptibles de una supraprotección legislativa y judicial, pues ellos son el futuro del país independientemente de la nacionalidad u origen que detenten. No sería descabellado para Chile en ese sentido el pensar en el establecimiento de un Código especial de Infancia, o un cuerpo legislativo que nos permita contener la normativa vigente referida a los niños; así se ha realizado en nuestro país con diversos sujetos de derecho que requieren dicha supraprotección: los trabajadores, los consumidores, los arrendatarios, entre otros. ¿Qué pasa entonces con los niños, niñas y adolescentes? Ya varios países contemplan dentro de su ordenamiento jurídico dichos códigos especializados. Cabe mencionar a modo de ejemplo el Código de Infancia de Colombia, promulgado el año 2006, el cual de acuerdo a su artículo 2° tiene como objeto “establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el estado”. Respecto a su ámbito de aplicación, señala su artículo 4° que “el presente código se aplica a todos los niños, las niñas y los adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, a los nacionales que se encuentren fuera del país y a aquellos con doble nacionalidad, cuando una de ellas sea la colombiana”.

⁷⁹ Los actos jurídicos son regidos por la ley del lugar de su celebración.

Chile por su parte debe “aceptar de una vez por todas, que los derechos de la infancia nada tienen que ver con una cuestión de favor, de merced o de caridad, sino que, por el contrario, se configuran como una verdadera fuente de obligaciones legales, a la par que se erigen como un sistema de responsabilidades públicas y privadas en pro del grupo etario que todavía no ha alcanzado la mayoría de edad. En otras palabras, debe pasarse del amor, al respeto (...)”⁸⁰.

Saldar la deuda histórica del Estado con la infancia no es un deber meramente moral; es un deber impuesto por la Ley y Tratados Internacionales a los que hemos suscrito prácticamente como país pionero de Latinoamérica, y que sin embargo incumplimos a diario teniendo a instituciones estatales como principales responsables. Lo mismo ocurre en materia de adopción internacional: a los niños inmigrantes, a los adoptados en su país de origen por padres chilenos, a los que ingresan por razones humanitarias: a ellos también les debemos una Ley que los proteja especialmente, pues nuestro país los recibe con promesas no sólo de un techo fijo o de bajas tasas de mortalidad, sino de buscar siempre la máxima realización de todos sus derechos fundamentales.

⁸⁰ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. Op. Cit.

BIBLIOGRAFÍA

ACHERMANN, CATALINA y ALFARO, FRANCISCA. “La adopción en el mundo actual”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2001.

AMODE, Nassila; ORREGO, Cristián; ROJAS, Nicolás; SILVA, Claudia y VAZQUEZ, Jorge, “Boletín Informativo N°1: Migración Haitiana en Chile, Departamento de Extranjería y migración, Chile, 2016. [En línea] <<http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/09/boletin-1.pdf>> [Consulta: 31 de Agosto de 2017]

Adopción Rosarito, Tijuana y Ensenada. Adopción Internacional [En línea] <<http://www.adoptionsrosarito-tijuana.com.mx/adopciones.html>> [Consulta: 05 de enero de 2016]

AHORANOTICIAS, Mega. En 7 años se ha cuadruplicado cifra de niños extranjeros en el SENAME [En línea] <<http://www.ahoranoticias.cl/programas/reportajes/209749-en-7-anos-se-ha-cuadruplicado-cifra-de-ninos-extranjeros-en-el-sename.html>> [Consulta: 24 de febrero de 2017].

AMERICAN ADOPTION, AMERICA'S ADOPTION AGENCY. *Open Adoption vs. Closed Adoption* [En línea]. Disponible en: <https://www.americanadoptions.com/adopt/open_adoption> [Consulta: 08 de julio de 2017]

ANDRADE Alarcón, José Leonel. Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción [En línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/4/pr/pr10.pdf>> [Consulta: 05 de diciembre de 2015]

BANCO MUNDIAL.Chile, Panorama General, [en línea] <<http://www.bancomundial.org/es/country/chile/overview>> [Consulta: 03 de septiembre de 2017]

BARRIENTOS GRANDON, Javier. EL Código de la Familia, ed. LegalPublishing. 2009.

BRENA Sesma, Ingrid. Las adopciones en México y algo más. Ciudad de México. Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. Pág. 88

BIANCA M., Cesare. *Diritto Civile 2. La famiglia. Le successioni*. Segunda Edición. Milán, Giuffrè, 1998. p. 297.

CALZADILLA MEDINA, MARÍA ARANZAZU. “La adopción internacional en el Derecho Español”, Editorial Dkinson, España, 2004

CILLERO, MIGUEL. El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. El Derecho del Niño y Niña a la Familia [en línea] <<https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/Informe-derecho-nino-a-familia.pdf>> [Consulta: 10 de diciembre de 2015]

CORTÉS CAMUS, MACARENA, “La adopción internacional frente a la ley N°19.620”, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2004

CORRAL TALCIANI, Hernán. El Nuevo Régimen Jurídico de la Adopción en Chile. Revista Chilena de Derecho. 28 (1):, 2001.

CORRAL TALCIANI, Hernán. “Adopción y filiación adoptiva”, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002

CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. [En línea] <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/11782.pdf>> [Consulta: 05 de diciembre de 2015]

FRANCINO, Ricardo. Explotación Sexual y Abusos en Sename: Informe final [en línea] <<http://noticias.terra.cl/chile/explotacion-sexual-y-abusos-en-sename-informe-final,e22f4190216df310VgnVCM3000009acceb0aRCRD.html>> [Consulta: 11 de diciembre de 2015]

EL MERCURIO. Chile registra el índice de desarrollo humano más alto de la región y ocupa el lugar 38 a nivel mundial [En línea] <<http://www.emol.com/noticias/Economia/2017/03/21/850499/Chile-lidera-Indice-de->

Desarrollo-Humano-de-Latinoamerica-elaborado-por-la-ONU.html> [Consulta: 03 de septiembre de 2017]

FUNDACIÓN TELEVISIÓN. DIF, El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia. [En línea]
<<http://www.fundaciontelevisa.org/mejorenfamilia/colaboradores/desarrollo-integral-familia/>> [Consulta: 03 de enero de 2016]

GARCÍA, MILAGROS. “El valor del asentimiento de los padres en la constitución de la adopción” en Revista Española de Derecho, N°8, Julio, 2000

GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz. El Sistema Filiativo Chileno. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2007.

GONZALEZ Martin, Nuria. Adopción Internacional. Ciudad de México. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

GONZÁLEZ, Valentina. “En sólo siete meses la migración haitiana a Chile ha superado el total del año pasado”, El Mercurio, 02 de Agosto de 2017 [En línea]
<<http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2017-08-02&dtB=02-08-2017%20:00:00&PaginaId=5&bodyid=3>> [Consulta: 03 de Septiembre de 2017]

GUIA INFANTIL. Normas Legales de Adopción en EEUU [En línea]. Disponible en:
<<https://www.guiainfantil.com/articulos/familia/adopcion/normas-legales-de-adopcion-en-eeuu/>> [Consulta: 08 de julio de 2017]

INDEPENDENT ADOPTION CENTER. *Open Adoption Quick Facts* [En línea]. Disponible en: <<http://www.adoptionhelp.org/open-adoption>> [Consulta: 06 de noviembre de 2015]

LA TERCERA, “Censo devela gran hacinamiento de haitianos en inmueble de Quilicura”, 19 de Abril de 2017, Chile. [En línea] <<http://www.latercera.com/noticia/censo-devela-gran-hacinamiento-haitianos-inmueble-quilicura/>> [Consulta: 04 de Septiembre de 2017]

LARRAÍN, J. (2001), Identidad Chilena, LOM ediciones, Santiago.

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

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS. “La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes”, Barcelona, 2001.

Memoria de Actividades CORA, 2014.

MIRANDA, FRANCISCA y PALACIOS, PILAR. “Adopción en Haití II: La increíble historia de fundación Familias Multicolor y sus dos directoras”, 7 de febrero de 2013 [en línea] <<http://ciperchile.cl/2013/02/07/adopcion-en-haiti-ii-la-increible-historia-de-fundacion-familias-multicolor-y-sus-dos-directoras/>> [Consulta: 26 de mayo de 2017]

MONSÁLVEZ, Aldo, Reconocimiento y Ejecución en Chile de Sentencias Extranjeras, Editorial Jurídica ConoSur Ltda. 2000, pág 115.

MURILLO, Jose Andrés. Pido perdón a nuestros niños y niñas por su desprotección [En línea] <<http://ciperchile.cl/2013/07/15/pido-perdon-a-nuestros-ninos-y-ninas-por-su-desproteccion/>> [Consulta: 12 de diciembre de 2015]

O’CALLAGHAN, XAVIER. “La adopción” en “Compendio de Derecho Civil: Derecho de Familia”, Tomo IV, Madrid, 1996

OCDE. Chile, primer país sudamericano miembro de la OCDE, [en línea] <<http://www.oecd.org/chile/chileprimerpaissudamericanomiembrodelaocde.htm>> [Consulta: 03 de septiembre de 2017]

Oficio Corte Suprema a la Cámara revisora Proyecto de Ley N°20.830, Octubre 2014

OLIAS, LAURA, “EEUU y Sudán del Sur, los únicos países que no han ratificado la Convención de los Derechos del Niño” [En línea]. Disponible en: <http://www.eldiario.es/desalambre/Somalia-Unidos-Convencion-Derechos-Nino_0_355215165.html> [Consulta: 10 de septiembre de 2017]

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, PATRICIA. “La adopción internacional. Guía para adoptantes, mediadores y juristas”, Revista Española de Derecho Internacional, N°LIX-2, Julio 2007

Organización de los Estados Americanos. [En línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/075.asp>> [Consulta: 23 de julio de 2017]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES [en línea] <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/migration-management-foundations/migrationhistory/lang/es> (consulta 30 de abril 2017)

PALMA MUÑOZ, RODRIGO. “Conflictos de competencia legal en materia de adopción, en el Derecho Internacional Privado”, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 1999

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. 2009. Informe sobre Desarrollo Humano 2009, Superando barreras: Movilidad y desarrollo humanos, [en línea] <http://www.pnud.org.ec/IDH2009/HDR_2009_ES_Complete.pdf> [consulta 30 de abril 2017]

RAMOS PAZOS, Rene. “Derecho de Familia”, Tomo II, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, pag. 391. Según el autor, la Ley N°19.620 de Adopción, debe ser considerada complementaria de la Ley N° 19.585.

RAMOS PAZOS, René. Las nuevas normas sobre adopción. Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 205, año LXVII, Junio, 1999.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. El Defensor de los Derechos de la Niñez en Chile: Hacia un verdadero Garante de su Interés Superior. [En línea] <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-52002017000100009&script=sci_arttext> [Consulta: 25 de marzo de 2018]

RIVERO, FRANCISCO. “El interés del menor”. Madrid, 2000.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco en: LACRUZ VERDEJO, José Luis, LUNA SERRANO, Agustín, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco y RAMS ALBESA, Joaquín. Elementos de derecho civil IV, Derecho de Familia, Cuarta Edición. Barcelona, Bosch, 1997. pp.540-541

ROJAS PEDEMONTE, N.; Amode, N. y Vásquez, J. (2016). "Racismo y matrices de "inclusión" de la migración haitiana en Chile: elementos conceptuales y contextuales para la discusión". Polis, Revista Latinoamericana, Volumen 14, Nº 42, 2015, pág. 230. [En línea]

SABATER, ELSA. "El sistema de protección de la infancia en el derecho español actual", Revista Chilena de Derecho de Familia, 2009 N°1.

SERVICIO NACIONAL DE MENORES. Misión y Objetivos Sename [en línea] <http://www.sename.cl/wsename/otros/INFORME%20FINAL_SENAME_UNICEF.pdf> [Consulta: 11 de diciembre de 2017]

SENAME. nuestra institución [en línea] <<http://www.sename.cl/web/nuestra-institucion/>> [consulta: 24 de febrero de 2018]

SOLARI, CAROLA. 2011. Una Sentencia Pendiente. Revista Paula [En línea] <<http://www.paula.cl/reportajes-y-entrevistas/reportajes/adopciones-de-ninos-haitianos-una-sentencia-pendiente/#>> [Consulta: 24 de febrero de 2018]

STEFONI, CAROLINA, 2001. Representaciones culturales y estereotipos de la migración peruana en Chile, Programa Regional de Becas CLACSO. [en línea] <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/2000/stefoni.pdf> [consulta 5 de mayo 2017]

STEFONI, C. (2003), Inmigración peruana en Chile. Una oportunidad a la integración. Editorial Universitaria, Santiago

UNICEF. Convención sobre los Derechos del Niño [en línea] <<http://unicef.cl/web/convencion-sobre-los-derechos-del-nino/>> [Consulta: 05 de diciembre de 2017]

UNICEF. Sobre las adopciones de niños de Haití, de 14 de abril de 2011 [en línea] <<https://old.unicef.es/actualidad-documentacion/blog/sobre-las-adopciones-de-ninos-de-haiti?page=2>> [Consulta: 27 de mayo de 2017]

VILLALTA Vizcarra, Ana Elizabeth. La Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional. Ponencia “Seminario de AMEDIP” realizada en septiembre de 2013. Guadalajara, México

VERGARA, VÍCTOR. “La adopción en Chile: Falencias y debilidades de la ley 19.620”, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2011

WEINBERG DE ROCA, Inés M., “Derecho Internacional Privado”, Buenos Aires, Depalma, 1997

Textos legales

Autoacordado dictado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago sobre la autorización de salida de menores al extranjero con fines de adopción, 1992.

Código Civil de la República de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores, 1984.

Convención sobre los Derechos del Niño, 1980.

Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, 1993.

Declaración de los Derechos del Niño, 1959.

Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, 1999.

Ley de Matrimonio Civil, 1924.

Ley N° 19.620 sobre Adopción de Menores, 1999.

Ley N° 4.808 sobre Registro Civil

Ley N° 20.830, Crea el Acuerdo de Unión Civil.

Reglamento de la Ley N° 19.620, aprobado mediante DS N° 944 de 1999

Ley 54/2007, de 28 de diciembre, España

Primer Informe de Comisión de Constitución Ley 20. 830.

Código de Infancia, Ley N° 1098, Colombia.