



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

**DERECHO A TENER UNA FAMILIA: ANÁLISIS DEL SISTEMA DE
ADOPCIÓN EN CHILE DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS
PRINCIPIOS INTERNACIONALES QUE LO RIGEN**

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

Rebecca Reiss Gigoux

Profesora Guía: Ana María Moure Pino

Santiago, Chile

Enero 2021

Para todos y por todos los que me ayudaron en este proceso, los que siempre confiaron en mí y en mis capacidades aún más de lo que yo lo hice en mi misma y a todos quienes me apoyaron a lo largo de la carrera,

A todos ustedes,

Gracias

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	3
INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO 1: CONCEPTOS GENERALES	8
1.1. Filiación.....	8
1.2. El deber de cuidado personal.....	10
1.3. Adopción.....	12
1.4. El niño como titular de derechos.....	15
1.5 Interés Superior del Niño.....	15
CAPÍTULO 2: CONTEXTO Y ANTECEDENTES DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS DEL NIÑO	18
2.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	18
2.2. Convención de los Derechos Del Niño.....	19
2.3. Convenio sobre protección del Niño y Cooperación en materia de adopción Internacional.....	21
CAPÍTULO 3: ADOPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN CHILENA	26
3.1. Contexto y antecedentes de la ley de adopción.....	26
3.1.1. Contexto Histórico.....	26
3.2. Actual legislación en materia de adopción.....	30
3.2.1. Principios rectores.....	30
3.2.2. Procedimiento de adopción.....	34
3.2.3. Falencias de la ley 19.620.....	39
3.3. Proyecto de Ley que modifica la Ley 19.620.....	46
CONCLUSIONES	50
BIBLIOGRAFÍA	53
LEGISLACIÓN	57

RESUMEN

Este trabajo consta de tres capítulos, primero acerca de las nociones generales de los conceptos de familia y adopción en torno al Derecho de Familia, haciendo una breve reseña de los conceptos más importantes en dicha materia; el segundo, trata sobre los principios internacionales que rigen en materia de derechos del niño dados su contexto y antecedentes para entender su aplicación en nuestro país; el tercero, más extenso, abarca la historia de cómo hemos evolucionado en cuanto a leyes sobre adopción, haciendo un recorrido histórico de éstas para terminar con la actual ley de la materia, la ley 16.920, la cual se desarrollará de manera más extensa, destacando en ella los principios rectores, las principales falencias que carece y el procedimiento actual en materia de adopción. Finalmente buscamos reunir conclusiones y formular críticas en relación a lo que se viene en materia de adopción en el país, proponiendo bases mínimas para mejorar las principales falencias que detectamos. En cuanto al método de la investigación, ella se realiza desde lo conceptual a lo específico, ello para entrar a analizar cada una de las propuestas legislativas de las que trata la investigación. Los resultados consisten en un entendimiento de la problemática que enfrenta la modificación a la actual Ley de Adopción.

INTRODUCCIÓN

Desde hace un tiempo a la fecha, hemos podido dejado de asociar necesariamente la figura de los padres y madres con la de los progenitores biológicos. Son muchos los casos en los que abuelos, tíos o externos han suplido esta figura parental o y esto se explica debido a una infinidad de razones. La adopción nace como consecuencia de estos hechos, cuando la familia biológica, por una u otra razón, no puede hacerse cargo del menor y éste debe crecer junto a una familia adoptiva que le entregue las herramientas necesarias para un desarrollo integral como persona. Como consecuencia de lo anterior, la institución de la adopción ha tenido que ser regulada como una respuesta jurídica a esta realidad fáctica.

Es importante destacar que la legislación sobre adopción intenta hacer transparente y agilizar los procedimientos relativos a la adopción de menores distinguiendo dos procesos; por un lado el de declaración de susceptibilidad para ser adoptado y, por otro, el de adopción propiamente tal, el cual será igual tratándose de adopciones nacionales e internacionales. Sin embargo, si la adopción internacional se da entre países miembros de la Convención de La Haya, se regirá por las normas establecidas en ella y será reconocida de pleno derecho entre los países miembros.¹

Actualmente se encuentra en el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, el Proyecto de Ley sobre Reforma integral al sistema de adopción en Chile. Muchas dudas surgen de torno a las distintas falencias existentes en la actual Ley de Adopción las cuales buscan ser superadas por este nuevo proyecto. Se ha criticado por

¹ CAMUS, MACARENA. 2004. "La adopción internacional frente a la ley N° 19.620". (Memoria de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho), 67.

parte de los distintos sectores que los principios rectores en materias de Derechos Humanos y específicamente de los Derechos del Niño han sido sistemáticamente pasados a llevar, siendo de especial relevancia para estos efectos el interés superior del niño y el derecho a tener una familia, ambos principios que debiesen ser fundamentales para abordar el tema tanto desde una perspectiva nacional como de una perspectiva internacional.

No está de más decir que el fenómeno de la globalización ha sido trascendental para otorgarle validez a las distintas declaraciones, convenios y tratados internacionales que se han producido en estos temas, siendo de especial importancia en este tema la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del niño y es, bajo el mismo punto de la globalización que se ha hecho necesario buscar la armonización de las legislaciones a modo de facilitar también los procesos que involucren Estados distintos. Aun así, no siempre las legislaciones entre diferentes países son convergentes, dado que se construyen de conceptos, regulaciones distintas, y sutilezas que podrían dar lugar al rechazo y concreción de procesos de adopción internacional. Un ejemplo claro son las diferencias sobre qué efectos produce la adopción en cada país, o quienes pueden postular como adoptantes.²

Este escrito busca principalmente analizar y contrastar la situación actual en materia de adopción, tanto bajo los supuestos del Proyecto de Ley de Reforma al Sistema de Adopción como bajo la actual y vigente legislación en esta materia. Todo esto con miras al cumplimiento o no cumplimiento de los distintos derechos fundamentales.

² CHEYRE, ROSARIO. y MONCAYO, MARÍA. 2017. "La necesidad de modificación al sistema de adopción internacional en Chile". (Memoria de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.), 3.

Es de especial relevancia para este escrito entender, que cualquier cambio que se busque hacer en materia de adopción, debe ir necesariamente de la mano con los principios internacionales en esta materia, los cuales tienen como piedra angular el interés superior del niño, y buscan, por sobre todas las cosas, el bienestar del niño, niña o adolescente.

En el primer capítulo, trataré acerca de las nociones y conceptos básicos de la adopción, de manera de poder contextualizarla dentro del marco jurídico nacional e internacional, destacando y definiendo conceptos tales como la filiación, la adopción nacional, adopción internacional, el menor como titular de derechos y los principios que rigen esta materia en tanto Derechos del Niño, con especial atención en el interés superior del menor y el derecho a una familia, principios fundamentales para entender la materia.

En el segundo capítulo, me referiré específicamente a temas relacionados con los principios internacionales de la adopción, tanto en lo relativo a su contexto histórico y antecedentes como análisis desde el punto de vista jurídico de manera de otorgarle un marco normativo a esta institución y analizando las Convenciones y Tratados sobre esta materia. Con especial atención a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

Por último, en el último capítulo se analizará la legislación chilena desde dos ámbitos; en primera instancia refiriéndome a la adopción nacional para luego centrarme en la adopción internacional, tanto en la evolución histórica del tema como en la actual ley de adopción. Aquí es donde me detendré a analizar la actual ley N°19.620, detallando los requisitos que deben cumplirse por parte del adoptante como del adoptado, los procedimientos se deben tramitarse de manera detallada

y específica y la adopción propiamente tal. La otra arista de este capítulo estará referida al actual Proyecto de Ley sobre Reforma integral al sistema de adopción (Boletín 9119-18) en donde buscaré contrastar ya sea con la actual ley o con los estándares internacionales los distintos puntos sobre los que versa este proyecto, buscando una opinión crítica del tema.

Es necesario que la ley de adopción responda a la realidad jurídica de la sociedad en que vivimos, donde es primordial que no existan diferencias entre la calidad de hijo biológico e hijo adoptivo, y donde sin importar el origen, todos los niños, niñas y adolescentes sean tratados de la misma manera, y se respeten sus derechos fundamentales.

Lamentablemente, hoy en día a pesar de los intentos de la actual ley que rige en materia de adopción, no siempre se vela por el interés superior del niño, quedando demostradas las muchas falencias que existen hoy en día con respecto a los procesos de adopción y con los derechos de los menores que deben estar en hogares de acogida de SENAME, quienes pareciera ser que al pertenecer a instituciones del Servicio Nacional de Menores están condenados a sufrir violencia y vulneraciones en sus derechos fundamentales. Bien sabemos que durante los gobiernos se han hecho esfuerzos de erradicar esta violencia sistemática, sabiendo también que lo anterior no ha podido ser cumplido a cabalidad, siendo necesaria una reforma en la base del sistema, que vele por los derechos de los menores en mira a los principios internacionales en la materia, es por esta razón que en este escrito buscaremos analizar profundamente lo anterior, buscando e identificando las causas de este problema, y generando ideas de soluciones para aquellas problemáticas que podamos registrar.

CAPÍTULO 1

CONCEPTOS GENERALES

Cobra especial relevancia, para lograr analizar la situación en relación a la adopción, el explicar desde un punto de vista jurídico los diferentes conceptos de los cuales se tratará extensamente a lo largo de este trabajo. Conceptos tan importantes como el de filiación, deber de cuidado personal, adopción o interés superior del menor son la piedra angular para lograr entender la base del tema propuesto a tratar en este escrito, en consecuencia, se buscará explicar de una manera sucinta cada uno de dichos conceptos, para luego relacionarlos con los principios internacionales y con la ley de adopción a lo largo de la historia.

1.1. FILIACIÓN

La palabra filiación, deriva del latín *filius*, que significa hijo y determina la relación que existe entre el padre y su hijo. En nuestro lenguaje, la filiación hace alusión al hecho que “una persona sea hijo de otra, que a su vez, es padre o madre de ella”.³

La filiación tiene su fundamento en el hecho biológico de que todas las personas necesariamente tienen un padre y una madre, no obstante lo anterior sabemos que esto no ocurre siempre así, por lo que será necesario que el campo jurídico sea extensivo en tanto la determinación de la filiación. La doctrina no se ha quedado atrás e este tema, por ejemplo, Rossel la entiende como “el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre y que consiste en la relación de

³ ABELIUK M., RENÉ. La Filiación y sus efectos, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, 39.

parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente de primer grado”.⁴ A su vez, Somarriva señala que consiste en “la relación de descendencia entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra”.⁵ En España, nos señalan que “es la situación recíproca en que se hallan los padres respecto de sus procreados, y éstos respecto de aquéllos. En el plano estrictamente jurídico, la filiación es la relación que une a determinadas personas (que pueden ser padres o no) con otras y que determina en aquéllos y en éstos un conjunto de deberes, facultades y derechos atinentes, en esencia, a la protección (vela, cuidado, alimentos...), educación e inserción social de estos últimos”.⁶ En esta definición o descripción es interesante resaltar que la realidad biológica no necesariamente coincide con la realidad jurídica, ya que pese a que la filiación como acontecimiento natural debe existir para toda persona, no siempre existe como hecho jurídico. “El Derecho selecciona ciertos criterios para establecer la filiación y el criterio predominante es el dato biológico, pero éste no siempre actuará en todos y en cada uno de los casos en que pretenda determinarse la filiación...Estas restricciones se justifican en razón de que preservan valores e intereses considerados prioritarios por la sociedad”.⁷

En Chile y el mundo, la filiación es una de las instituciones más importantes en lo relativo al Derecho de Familia. Está tratada principalmente en el título IV de nuestro Código Civil y en la Ley 19.585 del año 1998.

⁴ ROSSEL S., ENRIQUE. Manual de Derecho de Familia, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1993, 314.

⁵ SOMARRIVA, MANUEL. Derecho de Familia, pág. 391, citado por Ramos P., René, en: Derecho de Familia, ob. cit. p. 374.

⁶ BLASCO GASCÓ, F. Derecho de familia. Ma. R. Valpuesta Fernández...[et al.]; E. Roca i Trías (coord). Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, 281.

⁷ GÓMEZ DE LA TORRE V., MARICRUZ, El nuevo sistema filiativo chileno, Ed. Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2007, 14.

A modo de resumen podemos establecer que se define como el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia⁸. A pesar de que el factor biológico es de suma importancia en cuando a la determinación de la filiación, este no es el único factor ya que también tenemos lo que se denomina como filiación adoptiva, es por eso, que la doctrina ha establecido que será padre o madre aquel que asuma voluntariamente esta función social, aunque genéticamente no lo sea, autoimponiéndose el conjunto de funciones que la sociedad y el ordenamiento jurídico esperan y definen con esa denominación.⁹

El concepto de filiación adoptiva es la piedra angular para entender el proceso de adopción, ya que es mediante este concepto que se puede crear una nueva realidad, en la que alguien será madre o padre de otra persona, no gracias a su vínculo biológico con ésta sino mediante un título declarativo que genere este nuevo vínculo familiar. Como bien señalábamos en la introducción de este escrito, hoy en día el concepto de padre o madre abarca mucho más que quien posee un vínculo sanguíneo con otra persona, por lo que es tremendamente importante tener en cuenta que la filiación no corresponde solamente al vínculo sanguíneo que pueda existir entre las partes.

1.2. EL DEBER DE CUIDADO PERSONAL

Nuestro Código Civil no define expresamente lo que significaría el Cuidado Personal. Sin embargo, si nos remitimos al artículo 224 del Código Civil se establece que *“Toca de consuno a los padres, o al*

⁸ ZANNONI, Eduardo. Derecho de Familia, tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, 283.

⁹ DÍEZ-PICAZO, LUIS, y GULLÓN, ANTONIO. Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, vol. IV, Tecnos, Madrid, 2004, 249.

padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán de forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”. Como puede desprenderse de la norma citada, se dedica únicamente a explicar el significado del principio de corresponsabilidad parental pero no define propiamente lo que ha de entenderse por cuidado personal, mencionando únicamente su contenido genérico que es la crianza y educación de los hijos

El deber de cuidado personal puede definirse como “el derecho paternal a la crianza, educación y establecimiento del menor de edad, o como el deber de alimentar, corregir y otorgar por lo menos una educación básica y un oficio de profesión al hijo”.¹⁰ Comúnmente el deber de cuidado personal es denominado tuición. El fundamento del deber de cuidado se encuentra en un nivel primario en la filiación determinada, y en forma secundaria en el parentesco, la adopción o la protección. Dentro de los efectos de la filiación legalmente determinada, el deber de cuidado personal se enmarca en las relaciones personales (potestad parental) que se producen entre los padres y los hijos.¹¹

Nuestra jurisprudencia y, en particular el Tribunal Constitucional, considera que “el cuidado personal se refiere al conjunto de obligaciones y facultades que se derivan de convivir o compartir la vida cotidiana de los hijos, tales como determinar su residencia, convivir con

¹⁰ BAVESTRELLO B., IRMA. Derecho de menores. Ed. LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, 62.

¹¹ PAREDES, R. 2007. “El deber de cuidado personal : un análisis de las instituciones, principios y jurisprudencia relacionadas con la entrega del cuidado personal del niño o adolescente.” (Memoria de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.),9.

ellos, cuidarlos educarlos, etc.”¹², reforzando la noción de cuidado personal como un derecho-deber de los padres para con sus hijos.

Bien sabemos que no existe una definición expresa de este concepto, sin embargo los elementos que las muchas definiciones tienen en común guardan relación con la convivencia entre padres con los hijos. Sin embargo, esta convivencia no se reduce al contacto físico o a la unidad de domicilio, en este sentido, el cuidado personal comprende además la comunicación afectiva e intelectual entre padres e hijos, la dispensación de los cuidados necesarios para su desarrollo como persona debiendo propender y preparar al niño, niña o adolescente para un efectivo ejercicio progresivo de sus derechos.

Con todo, es posible afirmar que el cuidado personal del niño, niña o adolescente es aquel derecho deber de los padres, que nace del vínculo de la filiación, en virtud del cual ambos tienen el derecho de convivir con sus hijos y, a la vez, el deber de satisfacer todas las necesidades, materiales y afectivas, que su crianza y educación diarios exigen.¹³

1.3 ADOPCIÓN

El término adopción proviene del latín adoptare, el cual se desprende a su vez a las palabras ad y optare, es decir “desear a”, de esto es que podemos inferir que, para que se produzca la adopción debe existir el deseo de los adoptantes de ser padres en contraposición a la necesidad de un menor de encontrar una familia.

¹² Resolución de fecha 16/06/2015 en causa rol n° 2699-2014, del Tribunal Constitucional.

¹³ Mesías Toro, J. (2017). Análisis crítico del cuidado personal compartido conforme a la Ley No. 20.680 ¿interés del hijo o de los progenitores. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/146541>, 13.

Para entender este concepto es necesario tomar en consideración que en derecho comparado se reconocen principalmente dos tipos o clases de adopción, cuales son; la adopción simple, mediante la cual el adoptado no rompe los lazos con su familia de origen y, por tanto, conserva sus derechos con respecto a ella, no adquiriendo relaciones de parentesco con la familia de los adoptantes; y la adopción plena, mediante la cual el adoptado pasa a tener la calidad de hijo respecto de los adoptantes perdiendo todo vínculo con su familia de origen. Esta última es la única clase de adopción que reconoce el sistema jurídico chileno en la actualidad, sin perjuicio que leyes anteriores reconocieron ambas clases de adopción y que de acuerdo a la ley 19.658 de 1999, las adopciones iniciadas antes de entrar en vigor la ley 19.620 “continuarán substanciándose por el procedimiento establecido en las leyes 7.613 y 18.703, hasta su completa tramitación, ante el mismo tribunal que estaba conociendo de ellas”, motivo por el cual estas normas subsisten sólo respecto de aquellos casos.¹⁴

Actualmente la adopción se encuentra regulada en la ley 19.620, una ley especial que trata todos los aspectos relativos a este tema. El artículo 1 inc. 2 de esta ley señala que “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”. Por lo que podemos desprender que se trata de una de las fuentes de filiación, sin embargo, no existe una definición concreta del término por lo que se hace imprescindible recurrir a la doctrina para esto. Por ejemplo, según la profesora Maricruz Gómez de la Torre se define adopción como la relación jurídica que se establece entre el adoptante y el adoptado, constituida por sentencia judicial, cuya finalidad es proporcionar al segundo una familia que le brinde afecto, le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales, materiales y el

¹⁴ CAMUS, M. Op.Cit, 15.

respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, cuando ello no pueda ser proporcionado por la familia de origen.¹⁵

El artículo 4 de la Ley 19.620 hace una distinción entre adopción nacional e internacional, esto en consideración al estado de residencia de las partes. Establece que estamos frente a adopción nacional cuando el menor a ser adoptado y lo solicitantes de adopción tengan residencia en Chile. Por el contrario, será adopción internacional cuando una de las partes tenga residencia en un país distinto a Chile.

Para efectos de este trabajo, entenderemos la adopción como una institución de orden público propia del derecho de familia, que consiste en una ficción legal en la que, a través de una sentencia judicial, se otorga el estado civil de hijo a un menor que se encuentra en situación de desamparo, respecto del o los adoptantes, extinguiendo por medio de este acto el vínculo jurídico preexistente entre dicho menor y su familia de origen de manera irrevocable, fundándose siempre en el interés superior del menor.¹⁶

Debe entenderse también que con el transcurso del tiempo y la dictación de nuevas leyes, se ha buscado igualar la calidad de hijo biológico con la de adoptado, procurando que se llegue a una igualdad de ambos, en donde tanto el hijo biológico como el adoptado tengan los mismos derechos, lo que se genera en gran medida con la dictación de la actual ley 19.620 la cual si bien en las palabras podría verse como la solución a muchos problemas, sabemos que en la realidad la dictación de esta ley no ha podido mejorar en el fondo las muchas debilidades que posee el sistema hoy en día, las cuales por sobretodo, perjudican a los niños, niñas y adolescentes del País

¹⁵ GÓMEZ DE LA TORRE, M., 2007. El sistema Filiativo Chileno. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 223.

¹⁶ CAMUS, M. Op. Cit, 17.

1.4 EL NIÑO COMO TITULAR DE DERECHOS

Es necesario establecer lo que entendemos como niño para efectos del presente trabajo, frente a esto, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante, CND) en su artículo 1, define niño como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad”. Cabe destacar que los niños, niñas y adolescentes gozan de derechos humanos tal y como los mayores de edad, la única diferencia radica en la dificultad que los primeros pueden presentar en el ejercicio de sus derechos, sin embargo, conforme al principio de autonomía progresiva, ellos por medio de un proceso continuo irán adquiriendo mayor autonomía hasta la plena capacidad de autogobierno.¹⁷

Durante la historia se ha generado una diferenciación entre adultos y niños en cuanto a los derechos, la cual a pesar de ser necesaria, no siempre ha generado el efecto que se busca. Esto ya que los niños debiesen ser sujetos de aún más derechos que los adultos, y proteger estos derechos debiese ser una norma imperativa para todas las personas, sin embargo, muchas veces sucede lo contrario en el sentido de que se cree que los derechos del niño tendrían menos peso legal que los derechos de los adultos, y quizás por esta misma razón, muchas veces son menos cautelados.

1.5 INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El interés superior del niño se encuentra establecido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), que señala: “*En*

¹⁷ SENAME [En Línea]. Representación jurídica de niños, niñas y adolescentes, http://www.sename.cl/wsename/otros/NT-2_11-05-2016.pdf [Consultada: 25 agosto de 2018]

todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

La Observación General n^o 14 del Comité de los Derechos del Niño, subraya que el interés superior del niño es un concepto triple (tres ámbitos); constituyéndose tanto como un derecho sustantivo, como un principio jurídico interpretativo fundamental y como una norma de procedimiento:

Como un derecho sustantivo se refiere al derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

Cuando nos referimos al interés superior del niño como un principio jurídico interpretativo fundamental hacemos referencia a que,

si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

Por último, el interés superior del niño como norma de procedimiento guarda referencia con que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, que se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.¹⁸

La Convención sobre los Derechos del Niño considera el interés superior del niño como uno de sus cuatro principios rectores -junto con el principio de no discriminación, el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo y el derecho a la participación- para la interpretación y aplicación de todos los derechos de niños, niñas y adolescentes. Lo anterior implica que se debe considerar el interés superior en todas las medidas o decisiones que afecten a niños, niñas y adolescentes, tanto en la vida pública como en la privada.

¹⁸ Comité de los Derechos del Niño. 2013. Observación general n.º 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 6.

CAPÍTULO 2:

CONTEXTO Y ANTECEDENTES DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DERECHOS DEL NIÑO

2.1. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un texto adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el año 1948. Esta fue elaborada por representantes de todos los Estados miembros y creado con la finalidad de establecer principios y un fin común para todos los pueblos y naciones. En esta declaración se establecen los distintos derechos humanos fundamentales que deben resguardarse por el mundo entero y establece que los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.¹⁹

A pesar de que la Declaración trata exhaustivamente varios temas, en materia de lo que es importante para nosotros es que podemos establecer que en materias de familia existen una serie de artículos, destacando en lo relativo a los temas de adopción el artículo 16 y el artículo 25, en donde en el primero se menciona que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, mientras que el segundo establece que todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de éste,

¹⁹ NACIONES UNIDAS [En Línea], <http://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html> [Consultada: 22 agosto de 2018]

tienen derecho a una igual protección social. Estos artículos son de especial importancia en materia de adopción, ya que es de aquellos que podemos desprender que todos los niños tienen derecho a una familia y a que ésta sea protegida, y que también tienen derecho a una protección social garantizada por el Estado.

2.2. LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención de los Derechos del Niño, es sin dudas el cuerpo legislativo más importante en materia de protección de los menores, ya que es aquí donde se sustentan todos los derechos y principios rectores de las diferentes leyes y cuerpos legales de los distintos países. Esta convención marca un antes y después en materia de derechos, ya que reafirma a los menores de 18 años como sujetos de derecho frente a la familia, la sociedad y el Estado. En esta convención se obliga al Estado a asegurar a cada niño sujeto a su jurisdicción, todos los derechos que en ella se enuncian. Uno de ellos, especialmente relevante en esta materia, es aquel que le permite aspirar a todos los niños a tener una familia que se responsabilice de sus necesidades materiales y morales, que le dé afecto y que lo acompañe en el proceso de su desarrollo natural. Ello tiende a satisfacer otro de los derechos propios de todo niño como es recibir la protección y asistencia necesarios para poder asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad.²⁰

En materia de adopción, el artículo 21 de esta convención sirve de base fundamental en estas materias, ya que establece las garantías mínimas que deben tenerse en consideración por parte de los Estados que reconocen la adopción, destacando el interés superior del niño por sobre todas las cosas y la necesidad de garantizar todas las

²⁰ CAMUS, M. Op.Cit. 78.

condiciones necesarias para asegurar que la adopción sea admisible tanto con las autorizaciones como con las autoridades.

“Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;

b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;

e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.”

La convención es clara en determinar que la adopción internacional siempre se establecerá como la alternativa subsidiaria a la adopción nacional y siguiendo esta misma línea, UNICEF recalca el derecho de los niños de crecer en un entorno familiar especialmente en el de origen y por tanto la obligación primera de los Estados en materia de infancia desvalida es apoyar a las familias para que todos los miembros de ella puedan permanecer unidos, y por tanto, aquellas familias que no tengan los medios para entregar un entorno adecuado a los niños deben pedir la asistencia del Estado el que debe proporcionarles los medios para lograrlo. Solo cuando esto no sea posible, ya sea porque esa ayuda no es suficiente o porque la familia no quiere hacerlo, por lo tanto, el Estado a través de las autoridades competentes dará lugar a la adopción la que deberá ser nacional y sólo cuando esto no sea posible, internacional.²¹

Cabe destacar que esta convención es el instrumento en materia de Derechos Humanos que más ratificaciones ha recibido en su historia, siendo los únicos países que no la han ratificado los Estados Unidos y Somalía. No obstante Estados Unidos ha manifestado su intención de hacerlo. Esto solo nos reafirma la gran importancia de esta convención no sólo en materia de adopción sino en todo lo relativo a los Derechos del Niño.

2.3. CONVENIO SOBRE PROTECCIÓN DEL NIÑO Y COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

El Convenio sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional tiene sus orígenes en la Conferencia de la

²¹ UNICEF. [En Línea], Posición de UNICEF ante la adopción internacional. Declaración, https://www.unicef.org/lac/media_9962.htm, [consulta: 23 agosto 2018]

Haya, organización interestatal de Derecho Internacional Privado de carácter permanente, que en virtud de su artículo 1, tiene por objeto trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho Internacional Privado de los Estados miembros.

En 1988, la Conferencia de la Haya comienza a trabajar en lo relativo a adopción internacional, en atención a que la Convención existente en ese entonces no era suficiente para hacer frente a los problemas que suscitaba en la materia, ante lo cual se conformó una comisión especial que trabajó en forma ininterrumpida hasta la aprobación del Convenio el 29 de mayo de 1993.²²

Esta Convención fue adoptada en mayo de 1993 y actualmente se encuentra ratificada por 18 países y firmada por 13 más, incluyendo nuestro país el cual se suscribió el 4 de octubre de 1999. Esta convención consagra un método práctico para la resolución de conflictos que puedan suscitarse en materia de adopciones internacionales.

El convenio se condice con el reconocimiento de los Derechos del Niño por parte de las Naciones Unidas y tiene como objetivo principal que aquellos sean respetados durante los procesos de adopción internacional, evitando poner en situaciones de peligro a los niños, niñas y adolescentes involucrados en la adopción.

“El Convenio de la Haya de 1993 tiene como objetivo formal establecer las garantías para que la adopción internacional tenga lugar, exclusivamente, en el interés superior del niño, respetando sus derechos fundamentales, que se establezca un sistema de cooperación entre los Estados signatarios para lograr el objetivo anterior y así evitar

²² CARRILLO CARRILLO, B. 2002. Carácter, objetivos y ámbito de la aplicación del Convenio de la Haya de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. ANALES DE DERECHO. Universidad de Murcia (20), 249-297.

el secuestro, venta o tráfico de menores y que se garantice el reconocimiento de las adopciones realizadas en un país diverso, pero en el marco de la Convención”²³

De esto podemos desprender que el enfoque principal de esta Convención radica sobre la cooperación administrativa en términos de poder establecer buenas relaciones entre los Estados originarios y los Estados de acogida para así asegurar adopciones regulares y resguardar el respeto de los derechos de los niños.

En el marco jurídico de esta Convención, se regulan extensivamente el detalle de los traslados entre el país de origen y el país receptor de los niños, las labores de coordinación para determinar las aptitudes de una pareja para solicitar la adopción y las acciones a seguir en las adopciones realizadas, incluyendo distintos mecanismos en caso de que la adopción falle.

Se hace especialmente relevante establecer una distribución de responsabilidades entre ambos estados parte de la adopción, por lo que se establece que debe existir una Autoridad Central en cada uno de los países signatarios, en Chile la Autoridad Central encargada de este tema es el Servicio Nacional de Menores (SENAME).

Esta figura de Autoridad Central se encuentra regulada en el Capítulo III de la Convención en donde se expresa su importancia en cuanto a facilitar la cooperación entre los Estados parte y resguardar siempre el interés superior del niño. Se convierte en el nexo más importante entre los Estados involucrados debiendo reunir y resguardar la información relativa al proceso de adopción, siendo además promotor de la cooperación en la materia, entregando toda la información pertinente respecto de las normas de su Estado relativas a la adopción

²³ DABOVIC, M., 2008. “Análisis normativo de la Convención de la Haya en el derecho español y chileno.” (Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho), 48.

al país que la solicite, siendo tarea también de esta autoridad central el control de legalidad y procedencia de la adopción.²⁴

El Convenio sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional es, sin dudas, el cuerpo legal más importante en materia de adopción internacional al ser reconocido mundialmente por organismos internacionales tales como UNICEF, que al respecto señala que “(...) “(...) apoya las adopciones internacionales cuando éstas se realizan de conformidad con las normas y principios del Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993, que ha sido ratificado por más de 80 países.

Ese Convenio representa un avance importante para los niños, niñas y adolescentes sus familias biológicas y sus potenciales familias adoptivas extranjeras. En el mismo se estipulan las obligaciones de las autoridades de los países de origen de los niños, así como las de los países que les reciben para su adopción.

El Convenio tiene como objetivo primordial garantizar que los procesos de adopción sean adecuados y honestos. En el Convenio se otorga prioridad máxima al interés superior del niño y a los principios subyacentes a esto y se además ofrece un marco de referencia para la aplicación práctica de los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño referidos a las adopciones internacionales. Entre ellos figuran la obligación de garantizar que las adopciones de esa índole cuenten con la autorización de las autoridades competentes, de obtener el consentimiento previo con conocimiento de causa de todas las partes interesadas, de asegurar que las adopciones internacionales se lleven a cabo bajo las mismas normas y protecciones que se aplican

²⁴ GOODNO, N., COCHRAN, R., MILBRANDT, J., Y BALLARD, R. 2015. The Intercountry Adoption Debate: Dialogues Across Disciplines. Cambridge Scholars Publishing, 218.

en las adopciones nacionales y de que no involucren réditos financieros inadecuados para quienes participen en las mismas.”²⁵

²⁵ UNICEF. [en línea] Centro de prensa: Adopciones Internacionales, <https://www.unicef.org/es/media/adopciones-internacionales>, [consulta: 24 agosto 2018]

CAPÍTULO 3

ADOPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

3.1. CONTEXTO Y ANTECEDENTES DE LA LEY DE ADOPCIÓN

3.1.1. CONTEXTO HISTÓRICO

A pesar de que hemos dejado claro que el tema de la adopción en Chile y en el mundo es un tema de suma importancia, son bastante nuevas las leyes que regulan el tema y además son bastante deficientes. Actualmente el sistema chileno de adopción se regula bajo la ley 19.620 promulgada el año 1999.

Sin embargo, la historia data de varios años antes, específicamente el año 1934 mediante la ley 5.343 en donde se empiezan a encontrar los primeros vestigios sobre lo que actualmente entendemos como adopción en Chile.

Esta ley es extremadamente breve, conteniendo solamente 25 artículos y dejando fuera una serie de aspectos tremendamente relevantes por lo que fue necesario reformarla más temprano que tarde. Podemos destacar que en su artículo 1 se establecía que la adopción constituía un acto jurídico destinado principalmente a crear entre el adoptante y adoptado determinados derechos y obligaciones. De lo que podemos desprender que se reduce este acto a una mera relación contractual, la cual además podía ser revocada y no constituía ni siquiera estado civil por lo que el adoptado seguía conservando sus determinados derechos y obligaciones con su familia de origen.

Tal como se mencionó en el párrafo anterior, las deficiencias de esta ley no demoraron mucho en mostrarse, siendo así necesario realizar una reforma estructural el año 1943.

La ley 7.613 fue promulgada el año 1943 y no obstante se mantiene la lógica de la adopción como un contrato entre el adoptante y el adoptado, da la posibilidad de adoptar por parte de una persona que tenga hijos legítimos con la condición de que éstos presten su consentimiento y también se regula de manera más extensa respecto del lugar que ocupa el adoptado en materia sucesoria considerándolo como hijo natural.²⁶

Además, resulta interesante que esta es la primera vez que se mencionan los aspectos internacionales en la adopción, específicamente en sus artículos 7 y 8 en donde se plantea la posibilidad de que el adoptante o el adoptado sean de una nacionalidad distinta a la chilena, estableciendo el procedimiento que debía dictarse en esos casos. Sin embargo, lo anterior era solo parte de los aspectos procesales de la adopción, por tanto, no se manifiesta un interés real en regular el tema sino meramente una norma procedimental.

Bien sabemos que los cambios entre estas dos leyes fueron pequeños avances mas no constituyeron una real evolución en esta materia, situación que se mantuvo hasta la dictación de la ley 16.346 el año 1965, año en que por fin se concede el estado civil de hijo legítimo al adoptado, extinguiendo por consecuencia cualquier vínculo de filiación anterior.

Sin embargo, en materia de adopción internacional sigue vigente lo dictado por la ley 7.613, permitiendo la adopción entre partes de nacionalidad distinta a la chilena sin mayor regulación al respecto.

²⁶ LARRAÍN ASPILLAGA, M. 1991. La adopción, un análisis crítico y comparado de la legislación Chilena. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 65p.

Otra modificación fue la de la ley 18.703 del año 1988, en donde se establecen dos sistemas de adopción; adopción simple y adopción plena. La adopción simple guarda relación con el hecho de que no se concede al adoptado el estado civil de hijo, pero sí le otorga una serie de derechos y obligaciones a pesar de no estar sujeto a la patria potestad. Además, se contempla la posibilidad de revocación en este tipo de adopciones.

Por el otro lado, la adopción plena plantea la existencia del estado civil de hijo, de manera irrevocable y con todos los derechos y obligaciones que esto implica para ambas partes, extinguiendo completamente el vínculo con la familia de origen.

En cuanto a la adopción internacional esta Ley no la regula mayormente, salvo lo señalado en artículo 39 en que se reglamentaba la salida de menores para su adopción en el extranjero, pero no la adopción en si misma ya que ésta quedaba sujeta a la legislación del país de los adoptantes.

En este caso, nos encontramos frente a una norma atributiva que entrega competencia a una de las legislaciones implicadas en esta adopción que es la legislación del país del adoptante previa autorización judicial para la salida del menor del país. Solamente se exigirán los requisitos establecidos en el artículo 40, esto es, ser menor de 18 años, que se encuentren en situación de abandono, o huérfanos de padre y madre o de filiación desconocida, siendo competente para autorizar la salida, el juez de letras de menores del domicilio del niño, niña o adolescente.²⁷

Es importante destacar que fue durante este periodo cuando se creó el Servicio Nacional de Menores (SENAME), organismo bajo la supervisión del Ministerio de Justicia que se encuentra encargado de la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes y teniendo

²⁷ CHEYRE, ROSARIO y MONCAYO MARÍA. Op.Cit, 89.

dentro de sus funciones la regulación y control de la adopción en el País. En su artículo 42 se establece que el rol del SENAME se limitaba a recibir y comprobar que las solicitudes de salida del país para ser adoptados en el extranjero cumplieran con los requisitos y contuvieran todos los antecedentes y elementos que permitieran al juez resolver de manera informada. Además, se le facultaba para emitir opinión respecto de la conveniencia o no de la salida y adopción del menor, pero era una facultad, no una obligación y tampoco era vinculante ²⁸

Desde el punto de vista del Derecho Internacional y teniendo en cuenta que solo después de un año de dictada esta Ley se ratificó por Chile la Convención sobre Derechos de los Niños, este sistema de adopción contravenía principios básicos referentes a la materia, tales como la consagración de la adopción internacional como subsidiaria a la adopción nacional, o normas relativas a la protección de los derechos fundamentales de los menores durante el proceso.²⁹

Estas lagunas en la regulación de la adopción produjeron consecuencias bastante graves en relación con las garantías de los menores, situación que llegó hasta el Comité de los Derechos del Niño el año 1994, en donde se le solicitó al Estado Chileno adecuar la legislación interna a las normas internacionales previamente suscritas por el país.³⁰

²⁸ SENAME. [En Línea], Gestión 2000- 2006, http://www.sename.cl/wsename/otros/gestion/BGI_SENAME_2006.pdf, [consulta: 23 octubre 2018]

²⁹ CHEYRE ROSARIO y MONCAYO MARÍA. Op.Cit, 89.

³⁰ UNICEF. [en línea] Comité de los Derechos del Niño. Informe del Estado de Chile y Observaciones del Comité, <http://unicef.cl/web/observaciones-generales-del-comite/>, [consulta: 25 octubre 2018]

3.2. ACTUAL LEGISLACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN

La última etapa en esta síntesis histórica la constituye la Ley N° 19.620 o Ley Sobre Adopción de Menores, la cual entró en vigor conjuntamente con la Ley N° 19.585, complementando a la primera y modificando ciertos aspectos del Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Esta nueva ley vino a desplazar la anterior legislación correspondientes a las Leyes 7.613 y 18.703.

La Ley N° 19.620 entró en vigencia en octubre de 1999. Básicamente tuvo como principal finalidad corregir las falencias de la Ley anterior y al mismo tiempo adaptarse a los principios rectores en materia internacional, en especial en lo relativo a la Convención de los Derechos del Niño y del Convenio de La Haya Sobre Protección Del Niño en Materia de Adopción Internacional.

3.2.1. PRINCIPIOS RECTORES

En su artículo 1, la ley establece que

“la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen.

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

De este artículo podemos extraer una serie de conceptos y principios que regirán en general esta materia, dentro de los cuales se

destacan el interés superior del niño y la subsidiaridad. Sin embargo la jurisprudencia ha agregado otros principios³¹ tales como el derecho a la identidad del adoptad, el derecho del niño a dar su opinión en torno a la adopción, la preferencia por la adopción matrimonial y la preferencia por la adopción nacional.

Estos principios se presentan también como características del sistema de adopción chileno y se relacionan estrechamente con los principios que se han adoptado internacionalmente. Por esto creo que es bastante útil analizar brevemente cada uno de aquellos;

- a) Interés Superior del Niño: Este principio es quizás el más importante en materia de familia y puede ser visto desde dos puntos de vista; tanto para condicionar toda decisión que se tome con respecto a un menor e informando, a su vez, el contenido de las instituciones que lo involucran y afectan. Este principio, en abstracto, busca la plena satisfacción de los derechos del niño y que siempre se vele por el cumplimiento de estos. A pesar de que la definición sea bastante ambigua y por tanto le otorgue una alta discrecionalidad al juez, la doctrina, jurisprudencia y el derecho comparado han tratado a cabalidad este tema sentando así las bases mínimas.

En el derecho inglés, la Law Comision elaboró una lista de criterios que debe tener en cuenta el juez a la hora de pronunciarse en torno a la conveniencia de un niño. Los criterios planteados por esta comisión son: a) los deseos y sentimientos del niño (considerados a la luz de su edad y discernimiento); b) sus necesidades físicas, educativas y emocionales; c) el efecto probable de cualquier cambio de situación (del menor); d) su edad, sexo, ambiente y cualquier otra característica suya que el

³¹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 656-2005. 27 de mayo de 2005.

tribunal considere relevante; e) algún daño o riesgo sufrido; f) capacidad de cada progenitor, o de la persona tomada en consideración, para satisfacer sus necesidades (del menor); y, g) el rango de las facultades a disposición del tribunal.³²

- b) Subsidiaridad: El Artículo 1 de la ley sobre Adopción de Menores es bastante explícita en este punto al establecer que la adopción deberá llevarse a cabo solo cuando el bienestar general del niño “*no le pueda ser proporcionado por su familia de origen*”. Por tanto, el juez debiese siempre preferir mantener a un menor con su familia de origen, en tanto el interés superior del menor lo permita.

En este sentido la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce la obligación de que se hagan todos los esfuerzos pertinentes para brindar apoyo a las familias biológicas, de modo que sean capaces de mantener en su seno a sus propios hijos.³³

- c) Derecho a la identidad del adoptado: La Convención de los Derechos del Niño en sus artículos 7 y 8 se refiere al “Derecho a la Identidad del Niño” señalando principalmente que todos los niños tienen derecho a preservar su identidad, nacionalidad y relaciones familiares y que el Estado tiene la responsabilidad de preservar la identidad de los niños y prestar asistencia y protección para restablecer elementos de identidad, cuando el niño sea privado ilegalmente de ellos. Además, señalan que todo

³² RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, El interés del menor, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, pág., 67, citado por Schudeck Díaz, Astrid, El interés superior del niño, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2002, 19-23.

³³ Cortés Camus, M. Op.Cit,67.

niño tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Con respecto a este punto, la actual Ley de Adopción de menores trata esta materia en su artículo 27, en donde establece que el organismo a cargo de la información del niño en cuanto a su identidad será la Dirección Nacional del Registro Civil e Identificación. Con respecto al Derecho a la identidad, se señala que quienes sean mayores de edad podrán conocer y averiguar su origen y podrán obtener copias de la sentencia o de los antecedentes de la adopción por resolución judicial, a pedido del adoptado, de los adoptantes o de los ascendientes o descendientes de estos.

- d) Derecho del niño a dar su opinión en torno a la adopción: Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño. El juez deberá tener en cuenta la opinión del menor considerando su edad y madurez. Además, la ley prescribe que si se trata de un menor adulto se requerirá de su consentimiento, en el procedimiento previo de adopción, para ser declarado susceptible de ser adoptado. Excepcionalmente, y sólo sustentado en el interés superior del menor, el juez podrá decidir que se continúe el procedimiento, no obstante la opinión en contrario del menor.³⁴
- e) Preferencia de Adopción Matrimonial: La ley de adopción otorga preferencia para adoptar a matrimonios con residencia

³⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 656-2005, 27-05-2005: "Considerando 8°: que si bien, en todas las decisiones que incumben al menor es necesario oírlo y tener en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, no corresponde resolver teniendo en cuenta únicamente su opinión, particularmente si los dichos del menor solo expresan un querer no sustentado en antecedentes que hagan plausible la necesidad de acoger tal drástica decisión".

permanente en el país, sean chilenos o extranjeros. Sin embargo, también permite la adopción por personas viudas, solteras o divorciadas cuando no haya matrimonios con residencia en Chile interesados en adoptar. En lo que concierne a la adopción internacional, la ley solo permite que adopten matrimonios.

- f) Preferencia de Adopción Nacional: La adopción internacional sólo procede cuando no existen matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile interesados en adoptar al menor y que cumplan los requisitos legales.

3.2.2. PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN

Actualmente dentro de las mayores críticas que se le hacen al sistema de adopción existente, es que este es un trámite muy engorroso y largo, de manera que, a pesar de que muchas parejas tengan la intención de someterse a este proceso, ellas desertan de la idea como consecuencia de lo complejo del trámite. Es por esta razón que se hace necesario revisar este procedimiento, de manera de entenderlo completamente y a través de esto, desarrollar una visión crítica al respecto.

El Servicio Nacional de Menores (SENAME) y los demás organismos acreditados ante éste como lo son ciertas fundaciones y corporaciones son aquellos organismos encargados de velar por este procedimiento. El SENAME es el organismo encargado de llevar, por un lado, un registro de personas interesadas en la adopción de un menor, registro en el cual se deberá distinguir entre las personas que tengan residencia en el país y las personas extranjeras, y por otro lado, un

registro de los menores que pueden ser adoptados, es decir, los menores que estén sujetos a susceptibilidad de adopción.

Entonces, debemos definir quiénes son los menores que son susceptibles de adopción. La ley 19.620 en su artículo 8 establece 3 causales mediante las cuales se podrá declarar la susceptibilidad de adopción; 1) aquellos menores de 18 años cuyos padres no puedan hacerse cargo de su cuidado y expresen su deseo de darlo en adopción ante un juez competente; 2) aquellos menores de 18 años que sean descendientes consanguíneos de uno de los adoptantes; 3) aquellos menores de 18 años que hayan sido declarados como susceptibles de ser adoptados por resolución de un tribunal por alguna de las siguientes causas: que los padres del menor se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer su cuidado, que los padres del menor no le proporcionen atención personal o económica durante 2 meses o 30 días si es menor de un año, o por último, que los padres entreguen al menor a una institución de menores con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones para con el menor.

En el primer caso, es decir, cuando existe manifestación expresa por parte de los progenitores de dar en adopción al menor, el procedimiento a desarrollarse comienza con dicha declaración, tras la cual, en un plazo de 10 a 15 días deberá efectuarse una audiencia preparatoria ante los tribunales de familia. En el caso de que la manifestación haya sido deducida únicamente por uno de los progenitores, deberá citarse personalmente al progenitor restante, bajo apercibimiento de que su rebeldía presumirá su intención de entregarlo en adopción. En esta audiencia el tribunal deberá acreditar que los progenitores no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo del hijo, lo que se acredita mediante un informe realizado por el SENAME o el organismo acreditado para el caso.

Luego de esta audiencia preparatoria y en un plazo de no mayor a 15 días, deberá realizarse la audiencia de juicio. La sentencia definitiva deberá notificarse personalmente, o subsidiariamente por cédula a las partes.

En el segundo caso, es decir, cuando uno de los cónyuges que desea adoptar es el padre o la madre del menor, podrá procederse directamente con la adopción, salvo que el hijo ya haya sido reconocido por ambos padres o que tenga filiación matrimonial, caso en el cual deberá iniciarse un proceso previo de declaración de susceptibilidad. Este mismo proceso previo deberá realizarse, según el artículo 11, cuando el solicitante sea un ascendiente consanguíneo y algún progenitor se opusiere.

Por último, en el tercer caso del artículo 8, a decir, con la declaración de susceptibilidad de adopción, procederá cuando la filiación del niño esté o no determinada, y su madre o padre o persona que lo tenga bajo su cuidado se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal, cuando aquellos no le proporcionen atención personal o económica durante dos meses o treinta días si el menor tuviera menos de un año, o cuando el menor haya sido entregado por aquellos con la intención y el ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales. En estos supuestos, el procedimiento se iniciará de oficio por el juez a solicitud del SENAME o por las personas naturales que deseen adoptar, en todo caso, si el menor no posee filiación respecto de progenitor alguno, solo podrá entablarse la acción por el SENAME o la institución acreditada que lo tenga bajo su cuidado.

En virtud del artículo 18, el juez competente será el del domicilio del menor, correspondiendo éste a la institución que lo tuviere bajo su cuidado. Una vez recibida la solicitud, si el menor posee la filiación determinada, el juez citará a los ascendientes y consanguíneos de éste

hasta el tercer grado en línea colateral para que concurran a la audiencia preparatoria a exponer sus intereses, bajo el apercibimiento de que si no concurren se presumirá su voluntad de entregarlos en adopción. A su vez, el juez citará también al menor o a las personas bajo cuyo su cuidado se encuentre para aportar antecedentes que permitan esclarecer los hechos y resolver adecuadamente el asunto.

La audiencia preparatoria se llevará a cabo entre los días 10 y 15 tras la presentación de la solicitud, y la audiencia de juicio dentro de 15 días luego de la audiencia de preparación. Cabe destacar que, en virtud del principio de interés superior del menor, el tribunal deberá ponderar exhaustivamente entre las ventajas que representa la permanencia del menor con su familia de origen y las ventajas que representa la adopción.

La sentencia que acoja la susceptibilidad se notificará por cédula a los consanguíneos que hayan comparecido al proceso y en contra de esta sentencia solo procederá el recurso de apelación en el solo efecto devolutivo.

En lo referente a la adopción propiamente tal, la ley indica que podrá otorgarse a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por algunas de las instituciones acreditadas, que sean mayores de 25 años y menores de 60 con a lo menos 20 años de diferencia con el adoptado, por regla general. Para adoptar, los cónyuges deben actuar de consuno en las diligencias.

En caso de no haber cónyuges interesados en adoptar que cumplan con todos los requisitos legales o que solo les falte la residencia permanente en Chile, igualmente podrán optar previamente evaluados cumpliendo con los demás requisitos y previa participación en los programas de adopción.

El tribunal competente será aquel juez de familia del domicilio del menor, teniendo el procedimiento el carácter de no contencioso sin admisibilidad de oposición, debiendo ser suscrito por todas las personas cuya voluntad se requiera. Deberá acompañarse copia íntegra de la inscripción de nacimiento de la persona a quien se desea aceptar; copia autorizada de la resolución que declare la susceptibilidad de adopción o el certificado que acredite la circunstancia de parentesco ascendiente por consanguinidad, y el informe de idoneidad emitido por la institución acreditada. Además de solicitar la adopción, las partes deberán solicitar el cuidado personal del menor si es que carecieren de éste. En caso de que dos o más menores que se encuentren en situación de ser adoptados sean hermanos, el tribunal procurará que los adopten los mismos solicitantes. Por último, si distintas personas solicitan la adopción de un mismo menor, las solicitudes deberán acumularse, a fin de ser resueltas en una sola sentencia (artículo 23).

Se acogerá a tramitación el requerimiento previa certificación del cumplimiento de requisitos legales, citando a audiencia preparatoria a las partes a realizarse luego de 5 a 10 días de recibidos los antecedentes. Asimismo se citará al menor, en su caso. Si en los antecedentes expuestos se acreditan las ventajas que la adopción reporta al menor, el juez podrá resolver de la adopción en la misma audiencia. De lo contrario, se decretarán las diligencias adicionales necesarias para su incorporación a la audiencia de juicio, la que se realizará dentro de los 15 días siguientes a la audiencia preparatoria.

En caso de que se acoja la solicitud, la sentencia ordenará que se oficie a la Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación y cualquier otro organismo público o privado, solicitando el envío de la ficha individual del adoptado para su incorporación al proceso. Por otro lado, se solicitará una nueva inscripción de nacimiento del adoptado en la que aparezca como hijo de los

solicitantes. Asimismo, se ordenará la cancelación de la antigua inscripción de nacimiento del adoptado, tomando las medidas necesarias para mantener en reserva su anterior identidad y oficiando a SENAME para la eliminación de los registros del menor.

Es posible concluir que la adopción da lugar a conformación de un nuevo estado civil, específicamente el de hijo, con todos los derechos y obligaciones recíprocos contemplados en la ley, desligando al menor o al niño de su familia de origen, produciendo sus efectos desde la inscripción de nacimiento ordenada por la sentencia que la constituye ³⁵

3.2.3. FALENCIAS EN LA LEY 19.620

Sabemos que a pesar del avance que ha existido en la materia de adopción, aún existen múltiples falencias en cuanto a este procedimiento, falencias que debiesen solucionarse con una posible reforma a la Ley de Adopción actual. Sin embargo, se hace necesario analizar cuáles son los principales problemas que posee actualmente la Ley 19.620.

En primera instancia y en lo relativo a los principios que rigen, o debiesen regir el sistema de adopción en Chile, podemos identificar un problema que se relaciona estrechamente con el propio “interés superior del niño” y este problema es que, este concepto tan utilizado en la Ley de Adopción y en general en toda norma que busca proteger a los menores, no se encuentra específicamente definido y es solo en base a doctrina y jurisprudencia que hemos podido construir una

³⁵ Muñoz Bonacic, G. (2014). Evolución del concepto familia y su recepción en el ordenamiento jurídico. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/11610>, 61.

posible definición. Sin embargo, este concepto puede prestarse para diversas interpretaciones. Así, como dice la profesora Maricruz Gómez De La Torre *“algunos pueden señalar que el principio debe comprenderse de acuerdo a los valores que se juzguen importantes para el menor en su etapa formativa y así se entenderá que el interés superior del menor debe adecuarse, por ejemplo, a los valores de la disciplina, la responsabilidad, la solidaridad, etc.”*³⁶

Se hace absolutamente necesario que exista una definición de este principio en la Ley, ya que como establecimos anteriormente, este principio es la base fundamental en la materia de Derechos del Niño, y no puede quedar abierto a interpretaciones que puedan resultar perjudiciales para el menor.

Sin embargo, pareciera ser que el mayor de los problemas que se genera en torno a la actual Ley de Adopción tiene que ver con la excesiva dilatación de los procedimientos previos a la adopción. En relación con esto *“durante el año 2012, el tiempo promedio de tramitación de las causas de susceptibilidad de adopción fue de 8 meses con 26 días, superando, respecto del 20% de las causas, largamente el año”*³⁷, además, durante la tramitación de estas causas se afirma que el tiempo promedio de permanencia en las redes institucionales del SENAME es de 2 años y 15 días, lo que parece a lo menos excesivo para un proceso que debiese ser rápido y expedito. La tramitación de un juicio de susceptibilidad de adopción puede implicar una institucionalización prolongada del niño, en la que lamentablemente se verá más propenso a ser vulnerado en sus derechos³⁸, cuestión que repercutirá enormemente en su desarrollo. Tanto es así, que *“una regla*

³⁶ GÓMEZ DE LA TORRE, MARICRUZ. Op.Cit, 26.

³⁷ Boletín relativo al Mensaje Presidencial N° 206-361, de fecha 2 de octubre de 2013, sobre Reforma Integral al Sistema de Adopción.

³⁸ Muñoz Tapia, A. (2016). Análisis crítico del sistema de adopción en Chile. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/143131>

general, que ha sido señalada, es que por cada tres meses que un niño de corta edad reside en una institución, pierden un mes de desarrollo”³⁹

Esta afectación en el desarrollo del menor, se da por una parte, ya que durante un extenso periodo de tiempo se le priva al menor del apego y cercanía necesaria que requiere para desarrollarse, ya sea con su familia de origen o su familia adoptante, lo que dependiendo de la edad, puede ser tremendamente nocivo.

Además, es un hecho público y notorio que los centros de acogida del país no cuentan con la infraestructura material ni humana para dar a los niños, niñas y adolescentes los cuidados mínimos para la plena satisfacción de sus derechos, e incluso han sido sede de graves vulneraciones de derechos⁴⁰. Ante estos hechos, es que se hace indispensable que el tiempo de permanencia en estas instituciones se reduzca al mínimo posible, pues una estadía prolongada en estos centros puede acarrear graves consecuencias.

Cuando planteamos como un problema la excesiva dilatación de los juicios en materia de adopción, debemos preguntarnos el porqué de esta dilatación, y al hacernos esta pregunta la primera respuesta que se nos viene a la mente tiene que ver precisamente con la dificultad de acreditar las causales de susceptibilidad de adopción. A saber, en el artículo 12 de la Ley 19.620 se establece como causales para declarar la susceptibilidad de adopción la inhabilidad física o moral de los padres para ejercer el cuidado personal, el no proporcionarle al menor la atención personal o económica que este requiere, y la entrega del

³⁹ CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe de la Comisión Especial Investigadora del funcionamiento del Servicio Nacional de Menores (SENAME), 4 de marzo de 2014, p. 171.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 173. El referido informe realiza una enumeración detallada de los problemas detectados en los organismos colaboradores y de administración directa del SENAME, de los cuales se evidencia la evidente deficiencia de la institución para satisfacer las necesidades de los niños, niñas y adolescentes que ingresan al sistema residencial.

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

Estas causales tienen notorias deficiencias, las que analizaré caso por caso.

Con respecto al N° 1 del precisado artículo, esto es, cuando los padres *“Se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal, de conformidad al artículo 226 del Código Civil.”* Debemos en primera instancia remitirnos al referido artículo del Código Civil, el cual establece que *“Podrá el juez, en el 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”*. Entonces, si bien existe una remisión expresa al Código Civil, no señala en qué casos los padres se encuentran inhabilitados física o moralmente, dejando un gran espacio a la propia discrecionalidad del juez, lo cual no debiese ser así dado los intereses que se encuentran en juego en estas situaciones.

El N°2 del Artículo 12 de la Ley de Adopción establece como causal de declaración de susceptibilidad del menor el que sus padres *“No le proporcionen atención personal o económica durante el plazo de dos meses. Si el menor tuviera una edad inferior a un año, este plazo será de treinta días. No constituye causal suficiente para la declaración judicial respectiva, la falta de recursos económicos para atender al menor.”* Sin embargo, no especifica en cuanto a qué significa entregar “atención económica” o “atención personal”, y establece un periodo de tiempo que a su vez se encuentra incompleto, ya que no sabemos si se deben contar dos meses de corrido, la suma de dos meses durante un

periodo de tiempo, o cómo es que se deben ver esos dos meses. Dejando nuevamente a discrecionalidad del juez algo tan importante como el futuro de un menor.

Por último, el tercer caso que plantea el referido artículo expresa que procederá la declaración de susceptibilidad de adopción cuando los padres *“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 (...)”*. Pero aquí surge la duda y nos preguntamos ¿Qué es el ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales? Lo cual es tremendamente amplio, y dependiendo de la interpretación del juez, puede abarcar múltiples situaciones, sin especificar en realidad cuándo realmente estamos ante una situación en la que existe ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales.

Si bien toda causal puede ser controvertida en juicio, no es menos cierto que una falta de acuciosidad en la descripción de la misma, implica una demora innecesaria del procedimiento.⁴¹ Esta situación podría ser corregida mediante el establecimiento de plazos que delimiten temporalmente las situaciones que dan pie a la susceptibilidad de adopción. Un gran ejemplo de esto es como se da en el caso de Argentina, en donde el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino en su artículo 607 establecen plazos para las causales de susceptibilidad de adopción, a decir:

“La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si:

a. un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada;

⁴¹ Muñoz Tapia, A. Loc. Cit, 35.

b. los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento;

c. las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días.

*Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste. El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días”.*⁴²

Tal como podemos ver en el caso argentino, aquí existen causales de declaración de susceptibilidad, siempre acompañadas de plazos, cosa de que el procedimiento no se alargue innecesariamente. Lo que sería muy positivo y necesario de agregar en una posible reforma a la Ley de Adopción en nuestro país.

Otra arista relativa a la excesiva dilatación en los juicios de susceptibilidad de adopción se da ya que en la misma tramitación de estos juicios, en virtud del artículo 14 de la Ley 19.620, se exige que se cite a los ascendientes y familiares del menor, hasta el tercer grado en línea colateral. En la práctica, esto significa muchas veces comenzar una investigación paralela con la finalidad de encontrar a dichas personas, la cual significa un gasto de tiempo y de recursos fiscales, lo

⁴² Nuevo Código Civil y Comercial Argentino. Artículo 607.

cual más que producir efectos positivos termina por alargar aún más el procedimiento hasta que se haya encontrado a dichas personas.

Finalmente, este problema de los excesivos tiempos de tramitación de los procedimientos previos a la adopción se ve aún más intensificado por otras deficiencias del sistema, referidos especialmente a la institucionalidad encargada de la protección de los niños vulnerados. Si bien la ley contempla la existencia de organismos acreditados que deben asistir a las familias en la postulación para ser declaradas idóneas para adoptar, estos han fallado en dar una respuesta rápida y eficaz para la labor asignada, puesto que el tiempo promedio entre la postulación y la declaración de idoneidad en el año 2012 fue de 9 meses y 6 días, subiendo casi un año en el caso de aquellas familias que acogieron a una niña o niño menor de edad⁴³. Esta situación, sumada a las importantes carencias que sufren los hogares de acogida, demuestra que el Servicio Nacional de Menores no ha sido capaz de asegurar los derechos de los niños a su cargo, ni mucho menos hacer frente al flujo de casos que cada día sigue aumentando. Si bien es preferible que los procesos de declaración de idoneidad se hagan con un máximo de precaución y detalle, los tiempos antes mencionados son ejemplos de que no existe una institucionalidad capaz de hacer frente al problema con la celeridad adecuada. En definitiva, la falta de protección de los niños vulnerados en su derecho a contar con una familia que los provea del afecto y cuidados necesarios para su desarrollo normal y la falta de la celeridad adecuada para atacar un problema de esta magnitud es la crítica principal al sistema vigente y la que ha motivado los principales proyectos de reforma.⁴⁴

⁴³ Mensaje Presidencial N° 206-361, Loc. cit.

⁴⁴ Muñoz Tapia, A., Op. Cit, 40-41.

3.3. PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY 19.620

Actualmente existe un proyecto para modificar la ley de adopción vigente, este proyecto se refiere al boletín 9118-18, de fecha 2 de octubre de 2013, denominado “Reforma integral al sistema de adopción en Chile”.

Dentro de este proyecto, se busca como uno de los pilares fundamentales el hecho de agilizar el procedimiento de adopción, para esto, por ejemplo, se pretende agregar una serie de causales específicas para la adoptabilidad, proponiendo un catálogo amplio y detallado de éstas. Además, para hacer más expedito el proceso, el proyecto propone el inmediato inicio del proceso de susceptibilidad de adopción cuando se incurra en una causal, además acotar el tiempo de búsqueda de parientes del menor, permitiendo garantizar y agilizar su notificación y búsqueda.

En relación a quiénes pueden adoptar, el proyecto en su fase inicial mantiene en el primer orden de prelación a los matrimonios residentes en Chile y se incluyen los matrimonios chilenos o conformados por un chileno y un extranjero que residen en el extranjero, los que actualmente no tienen ninguna preferencia. Por otra parte, a diferencia de la ley actual, mejora las posibilidades de los postulantes solteros, divorciados o viudos, quienes, conjuntamente con los matrimonios residentes en el extranjero se ubican en el segundo lugar de prelación. Asimismo, el proyecto de ley, en este punto en particular, establece que en función del interés superior del niño y por motivos calificados, se podrá alterar el orden de prelación precedente.

Asimismo, la iniciativa contempla otras modificaciones relevantes tales como: Avance en la regulación de la entrega voluntaria de un hijo en adopción, validando la sola voluntad de la progenitora o progenitor e

impidiendo que el procedimiento se inicie antes del nacimiento del niño, como ocurre en la actualidad. En relación al cuidado personal, se superaría el vacío que al respecto existe en la ley actual, en relación a la competencia del tribunal que puede otorgar el cuidado personal del niño o niña a sus futuros adoptantes. Y en cuanto a la selección de la familia adoptiva para el niño o niña, se establece expresamente que corresponde su determinación al respectivo programa de adopción. Respecto de los trámites finales de la adopción, se superarían problemas que a la fecha se presentan, en relación a los antecedentes de origen del adoptado, como la situación de la ficha individual, los antecedentes de salud y educacionales del niño o niña.⁴⁵

Este proyecto, busca incorporar de manera explícita los principios en materia de adopción, en especial aquellos relativos al interés superior del niño, el derecho del niño a vivir en familia, el derecho del adoptado a conocer sus orígenes y el derecho del niño a ser oído, entre otros. De manera específica, se explican los distintos principios en el título II del referido boletín, en tanto expresa lo siguiente;

“Artículo 10.- Interés superior de la niña, niño y adolescente. El interés superior de la niña, niño y adolescente es el principio rector y, en consecuencia, obligatorio de todo procedimiento relacionado con la adopción. El interés superior de la niña, niño y adolescente debe considerarse en la resolución de conflictos de derechos, en la determinación de las políticas públicas en la materia y en toda resolución judicial y administrativa concerniente a la adopción de las niñas, niños y adolescentes.

Artículo 11.- No discriminación. Para efectos de la presente ley, se entenderá por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por

⁴⁵ Descalzi Contreras, E. (2016).Hacia una reforma integral al sistema de adopción en Chile. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/144000>, 73-74.

agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el género, la orientación sexual y la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Artículo 12.- Derecho a ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los asuntos que les afecten, debiendo considerar sus opiniones atendiendo a su edad y a su grado de madurez. Tratándose de un adolescente, será necesario que éste asienta expresamente ante el juez durante el procedimiento de adoptabilidad, en relación con la posibilidad de ser adoptado y, en el curso del procedimiento de adopción, respecto de la solicitud presentada por el o los interesados. En caso de negativa del adolescente el procedimiento no podrá continuar. En caso de negativa de la niña o niño, o cuando el adolescente no manifieste su voluntad, excepcionalmente el juez podrá, por resolución fundada, ordenar que continúe el procedimiento, dejando constancia de los motivos invocados por la niña, niño o adolescente, si los hubiere, debiendo haber oído al curador ad litem. En todos los procedimientos que regula la presente ley, las niñas, niños y adolescentes deberán contar con un curador ad litem que represente sus derechos.

Artículo 13. Derecho de la niña, niño y adolescente a vivir en familia. Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a crecer en un entorno que le permita su desarrollo integral, preferentemente dentro de su familia

de origen. El Estado deberá adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo este derecho, otorgando protección social a las familias que viven en entornos o circunstancias que dificultan el cuidado adecuado de las niñas, niños o adolescentes. En aquellos casos en que la familia se encuentre imposibilitada de ejercer el cuidado adecuado, aun habiendo recibido el apoyo por parte del Estado, se determinará judicialmente la procedencia de un cuidado alternativo, preferentemente familiar.

Artículo 14.- Subsidiariedad de la adopción. La adopción es una institución de carácter subsidiario, que tiene por objeto restituir a las niñas, niños y adolescentes privados de cuidado adecuado, su derecho a vivir en una familia. La adopción sólo procederá en aquellos casos en que se acredite judicialmente la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia de la niña, niño o adolescente con su familia de origen.

Artículo 15.- Derecho a conocer los orígenes. Las personas que han sido adoptadas tienen derecho a conocer sus orígenes con el debido asesoramiento, de acuerdo a lo establecido en esta ley. Para tal efecto, el Estado a través del Registro Civil garantizará la conservación de la información relativa a la identidad de la familia de origen y demás antecedentes vinculados a la adopción.”⁴⁶

⁴⁶ Boletín 9118-18, 2 de octubre de 2013, “Reforma integral al sistema de adopción en Chile”.

4. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta la existencia de una intención por parte de las autoridades de reformar el actual sistema de adopción en Chile, se hace imprescindible señalar que para que efectivamente se puedan subsanar las falencias de la actual regulación en esta materia, se deben tener en cuenta los principios internacionales del derecho de familia como lo son el interés superior del niño, la subsidiariedad de la adopción, el principio de no discriminación; el derecho a ser oído; el derecho de niños, niñas, o adolescentes de vivir en familia; el derecho a conocer los orígenes; y el derecho de reserva de los procedimientos de adopción, entre otros.

Tampoco podemos olvidar que la adopción se manifiesta como una de las principales y únicas herramientas existentes en nuestro ordenamiento jurídico para tutelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes que carecen de una familia que les provea los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo, teniendo esto en cuenta, como sociedad debemos otorgarle la importancia que esto merece y establecerlo como una prioridad si se pretende mejorar el panorama actual para los niños, niñas y adolescentes en Chile.

En los procedimientos relativos a la adopción convergen una serie de derechos que deben ser adecuadamente ponderados para efectos de asegurar la aplicación subsidiaria de la institución. El supra principio del interés superior del niño se establece como el objetivo general en la materia. Sin embargo, la amplitud del concepto implica que la definición de éste en cada caso en concreto quede radica en los jueces, quienes, para satisfacer a cabalidad dicho interés, deberán considerar todos los derechos que las leyes aseguran a los niños antes de decidir acerca de

la conveniencia de separarlo de su familia de origen para ser sujeto de adopción.

Dentro de los derechos fundamentales involucrados en la adopción destaca el derecho a la identidad, el cual, tanto en su fase estática como dinámica, normalmente se verá considerablemente afectado en los casos en que opere dicha institución. En este sentido, para su debido resguardo cobra relevancia el aseguramiento de la aplicación subsidiaria de la adopción y del derecho a conocer la verdad biológica. Sólo cuando se aseguran dichas condiciones se estará obrando en pos del interés superior del adoptado, toda vez que la afectación a su identidad tendrá como compensación la posibilidad de reconstruir su historia personal y sus orígenes, para el caso que la adopción fuese la única medida para asegurar su desarrollo.

Las deficiencias del sistema de adopción vigente se deben a una inadecuada interpretación de la normativa, que tiene su origen en las deficiencias del sistema proteccional de derechos de la niñez y que genera una inadecuada aplicación de la institución. Se observa que la ausencia de un marco normativo único en materia de medidas de protección de derechos de la infancia contribuye en generar las condiciones para una aplicación inadecuada de medidas que implican la separación del niño de su núcleo familiar, lo que implica una perturbación de derecho a vivir en familia y que da pie a la apertura de procedimientos relativos a la adopción destinados a restablecer ese derecho.⁴⁷

La situación crítica en la que se encuentran miles de niños actualmente en Chile hace urgente la persecución de un fortalecimiento en materia de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y si buscamos que este fortalecimiento sea de raíz y solucione realmente el problema actual en Chile, debe ir

⁴⁷ Muñoz Tapia, A. Op.Cit,94

necesariamente de la mano de los principios del derecho internacional en materia de derecho de familia.

Solo queda esperar que, al reformarse el sistema de adopción esto no sea una mera novedad de forma sino que realmente transforme el fondo de la situación actual, para así poder cambiar de raíz este sistema que actualmente causa tanto perjuicio a los menores. No podemos olvidar que los niños, niñas y adolescentes son el futuro de la sociedad, debemos velar por sus derechos y por su protección, si queremos soñar con un mejor futuro para todos y todas.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABELIUK M., RENÉ. La Filiación y sus efectos, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
2. ASENJO C, ROSARIO. y VÁSQUEZ M, MARÍA. (2017). "La necesidad de modificación al sistema de adopción internacional en Chile". Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/144505>
3. BLASCO GASCÓ, F. Derecho de familia. Ma. R. Valpuesta Fernández...[et al.]; E. Roca i Trías (coord). Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
4. Boletín 9118-18, de fecha 2 de octubre de 2013, denominado "Reforma integral al sistema de adopción en Chile".
5. BAVESTRELLO B., IRMA. Derecho de menores. Ed. LexisNexis, Santiago de Chile, 2003.
6. CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe de la Comisión Especial Investigadora del funcionamiento del Servicio Nacional de Menores (SENAME), 4 de marzo de 2014.
7. CARRILLO CARRILLO, B. 2002. Carácter, objetivos y ámbito de la aplicación del Convenio de la Haya de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. ANALES DE DERECHO. Universidad de Murcia.

8. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 656-2005. 27 de mayo de 2005
9. CORTÉS C, MANUEL. (2004). La adopción internacional frente a la ley N° 19.620. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107511>.
10. DÍEZ-PICAZO, LUIS, y GULLÓN, ANTONIO. Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, vol. IV, Tecnos, Madrid, 2004.
11. DESCALZI C, ELENA. (2016).Hacia una reforma integral al sistema de adopción en Chile. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/144000>
12. GÓMEZ DE LA TORRE V., MARICRUZ, El nuevo sistema filiativo chileno, Ed. Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2007.
13. GOODNO,N., COCHRAN, R., MILBRANDT, J., Y BALLARD, R. 2015. The Intercountry Adoption Debate: Dialogues Across Disciplines. Cambridge Scholars Publishing.
14. MESÍAS T, JOAQUÍN. 2017. Análisis crítico del cuidado personal compartido conforme a la Ley No. 20.680 ¿interés del hijo o de los progenitores. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/14654>
15. MUÑOZ B, GABRIEL. (2014). *Evolución del concepto familia y su recepción en el ordenamiento jurídico*. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/116109>

16. MUÑOZ T, ANDREA. (2016).Análisis crítico del sistema de adopción en Chile. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/143131>
17. NACIONES UNIDAS [En Linea], <http://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html> [Consultada: 22 agosto de 2018]
18. LORIE DABOVIC, M., 2008. Análisis normativo de la Convención de la Haya en el derecho español y chileno. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho.
19. Resolución de fecha 16/06/2015 en causa rol n° 2699-2014, del Tribunal Constitucional.
20. ROSSEL S., ENRIQUE. Manual de Derecho de Familia, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1993.
21. SCHUDECK DÍAZ, ASTRID, “El interés superior del niño”, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2002.
22. SENAME (2016). Representación jurídica de niños, niñas y adolescentes. Disponible en http://www.sename.cl/wsename/otros/NT-2_11-05-2016.pdf

23. SOMARRIVA, MANUEL. Derecho de Familia, citado por Ramos P., René, en: Derecho de Familia. 2015. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
24. UNICEF. Centro de prensa: Adopciones Internacionales. [en línea] [consulta: 24 agosto 2018]
25. UNICEF. Posición de UNICEF ante la adopción internacional. Declaración. [en línea] <https://www.unicef.org/lac/media_9962.htm> [consulta: 25 agosto 2018]
26. VALDIVIA P, ROSARIO. 2007.El deber de cuidado personal : un análisis de las instituciones, principios y jurisprudencia relacionadas con la entrega del cuidado personal del niño o adolescente. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/113414>
27. VERGARA V, JOSÉ. (2011).La adopción en Chile : falencias y debilidades de la ley 19.620. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/111710>
28. ZANNONI, EDUARDO. 1998. Derecho de Familia, tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires.

LEGISLACIÓN

1. Código Civil de la República de Chile.
2. Constitución Política de la República de Chile.
3. Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.
4. Mensaje N° 206-361 del 2 de octubre de 2013 que contiene el proyecto de ley de Reforma Integral del Sistema de Adopción en Chile. Boletín N° 9.119-18. 7.
5. Mensaje N° 950-363 del 21 de septiembre de 2015, sobre Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, párrafo 6, p. 9. Boletín N° 10315 -18.
6. Ministerio de Justicia. Ley N° 16.346 de 1965 [derogada]. Establece la Legitimación Adoptiva.
7. Ministerio de Justicia. Ley N° 18.703 de 1988 [derogada]. Dicta normas sobre adopción de menores y deroga Ley N° 16.346.
8. Ministerio de Justicia. Ley N° 19.620 de 26 julio de 1999. Ministerio de Justicia. Dicta normas sobre Adopción de Menores.
9. Ministerio de Justicia. Ley N° 7.613 de 1943 [derogada]. Establece disposiciones sobre la adopción.

10. Naciones Unidas. Convención de los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.
11. Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina.