

**Universidad de Chile**  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Privado

# **LA ADOPCIÓN Y LOS NUEVOS PROCEDIMIENTOS DE LA LEY 19.968 SOBRE TRIBUNALES DE FAMILIA.**

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

Autor:

**Jordan Campillay Fernández.**

Profesor Guía: MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS.

**Santiago, Chile. 2005**



INTRODUCCIÓN .	1
I.- ADOPCIÓN, CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA . .	3
CONCEPTO .	3
CONCEPTO DOCTRINARIO. .	3
CONCEPTO LEGAL DE ADOPCIÓN EN CHILE. .	5
NATURALEZA JURÍDICA DE LA ADOPCIÓN. .	6
Adopción contrato. .	6
Adopción, medida de protección. .	6
Adopción como institución de derecho de familia. .	6
II.- ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ADOPCIÓN .	9
III.- LA ADOPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN CHILENA. . .	13
EVOLUCION LEGISLATIVA .	14
Estudio de la ley N° 5.343 .	14
Estudio de la ley N° 7613. .	15
Estudio de la ley N° 16.346. . .	17
Estudio de la ley n° 18.703. . .	19
Estudio de la ley N° 19.620 .	24
IV.- ANÁLISIS DE LA LEY N° 19.620. .	29
Principios generales que orientan el estatuto de adopción . .	29
Principio del Interés Superior del Niño. . .	30
Principio de la subsidiaridad. . .	32
Derecho del menor a conocer a sus padres biológicos. . .	34
Derecho del niño a ser oído y tomado en cuenta en función de su edad y grado de madurez. . .	37
Personas que pueden adoptar . .	39
Personas que pueden ser adoptadas. .	42
El abandono de menor como presupuesto de la adopción. . .	45

<b>Procedimientos de Adopción. .</b>	<b>54</b>
<b>Efectos de la adopción. .</b>	<b>59</b>
<b>Criticas de la ley de adopción. . .</b>	<b>61</b>
<b>Modificaciones a la ley N° 19.620. .</b>	<b>62</b>
<b>V.- PROCEDIMIENTOS DE ADOPCIÓN DE LA NUEVA LEY DE TRIBUNALES DE FAMILIA.</b>	
<b>..</b>	<b>67</b>
<b>Procedimiento especial de adopción. . .</b>	<b>69</b>
<b>Procedimiento especial de la Ley N° 19.620. .</b>	<b>70</b>
<b>VI.- NORMAS DE CARÁCTER INTERNACIONAL QUE REGULAN LA ADOPCIÓN. .</b>	<b>79</b>
<b>Convenciones internacionales ratificadas por Chile. .</b>	<b>80</b>
<b>CONCLUSIONES . .</b>	<b>83</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .</b>	<b>87</b>
Enciclopedias. . .	87
Documentos de internet. . .	87
Documentos normativos. .	88
Folletos. . .	88
Libros .	88
Memorias. .	90
Revistas. .	90

# INTRODUCCIÓN

Durante la presente memoria, se realiza una revisión del instituto de la adopción. Se intenta conceptualizar la figura y, al efecto, se acompaña una nutrida recopilación de conceptos aportados por la doctrina nacional e internacional. Esta recopilación busca entregar al lector una visión más amplia sobre la materia, de modo tal que se acogen distintas posturas ideológicas que sobre el tema han existido, en especial sobre la naturaleza jurídica de la adopción. Asimismo, se acompañan las distintas normativas que han regulado la materia, con inclusión de las definiciones legales, en los casos en que el legislador las realizó.

Se repasa brevemente, la evolución histórica de la adopción, con inclusión del posible origen de la institución, su desarrollo y máxima expresión que tuvo en el Derecho Romano, hasta llegar a la noción moderna que acoge la ley 19.620 sobre adopción, que recoge un cariz proteccional y en el que se manifiesta el rol tutelar que la sociedad tiene con la infancia.

Para evidenciar la sistemática evolución que ha tenido la adopción en Chile, lo que a su vez permite comprender a cabalidad nuestra legislación actual, se revisan con mayor detalle las distintas figuras de adopción que han existido en Chile, como asimismo las diferentes leyes que las han instaurado y desarrollado, entre las que se cuenta la adopción clásica de la ley N° 7.613, la legitimación adoptiva de la ley N° 16.346, el régimen de adopción dual de la ley N° 18.703, todas las cuales devienen en la gran reforma al Derecho de Familia impulsada por la ley N° 19.585 y que se concretiza con la ley N° 19.620, la que reforma diagonalmente el estatuto de filiación adoptiva que nos

convoca y que es desarrollado latamente, mediante el estudio de las normas sustantivas y de procedimiento que la conforman. El lector encontrará énfasis en el tratamiento de los procedimientos aplicables a la adopción, por cuanto nos encontramos en pleno proceso de reformas legislativas, lo que hace imperioso contar con estudios actualizados sobre la materia, especialmente si se tiene en cuenta que sólo durante este año, se han aprobado dos grandes reformas al estatuto de filiación adoptiva, a saber, la ley N° 19.947 sobre el nuevo régimen de matrimonio civil, el que, al contemplar un nuevo estado civil de las personas naturales –divorciado- permite que se amplíe el espectro de solicitantes de adopción, como también, regula la situación de las adopciones iniciadas, tramitadas y constituidas, durante un periodo de separación judicial o divorcio entre las partes. Luego y como el gran hito en reformas al Derecho de Familia, se aprobó durante este año la ley N° 19.968, que instaura los Tribunales de Familia, que constituye un anhelo de años entre la doctrina especializada- la que entrará en vigencia en octubre del año 2005, prevé una modificación sólo comparable con la que constituyó, la reforma procesal penal, al crear un nuevo sistema de procedimientos, más ágil, más eficiente. La reforma contempla innumerables modificaciones, que tanto los jueces como los operadores del derecho, deberán manejar en el corto plazo.

Se incluye el desarrollo de los principios generales que informan el régimen de la adopción, como lo es el interés superior del niño, la subsidiaridad de la adopción, el derecho del menor a conocer su familia biológica y el derecho del menor a ser oído y que se tome en cuenta su opinión, en función de su edad y grado de madurez; estos principios, se encuentran plasmados en las convenciones relativas a la materia, que se encuentran ratificadas por Chile y vigentes a esta fecha, razón esta última, que amerita la inclusión de su estudio, aunque de un modo somero y casi descriptivo.

Asimismo se desarrolla la noción de abandono en la legislación chilena, su caracterización doctrinal, judicial y su manifestación positiva.

Paralelamente, se acompañan notas de jurisprudencia sobre los temas abordados, aunque, por no proceder hasta la fecha el recurso de casación sobre los procesos de adopción, en armonía, con la existencia del secreto que rodea la institución, existe escasa jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema y, en general, de nuestros Tribunales Superiores de Justicia.

De las materias analizadas, con frecuencia he realizado comentarios y conclusiones personales, relativos al caso, los cuales, en ningún caso pretenden aportar tesis sobre la materia, pero constituyen mi visión, que reconozco es aún limitada sobre la materia.

# I.- ADOPCIÓN, CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

## CONCEPTO

La adopción tiene su origen etimológico en el latín adoptio, derivado del verbo adoptare, que a su vez significa adoptar.

Por su parte, la Real Academia de la Lengua Española define la adopción como “el acto de Adoptar” y adoptar: “recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente”.<sup>1</sup>

## CONCEPTO DOCTRINARIO.

Diversos son los conceptos que se han otorgado para la adopción, los que varían según la orientación valórica e ideológica del autor y de la legislación correspondiente. Entre

<sup>1</sup> Diccionario Real Academia de la Lengua Española. Editorial Guzpatarra. Año 1984. Pág.30.

todos ellos, podemos mencionar los siguientes, como los más relevantes:

- “Acto jurídico que crea un vínculo de filiación ficticia entre dos personas, una llamada adoptante y otra adoptado, sin que el adoptado pierda sus derechos en la propia familia. La adopción de un menor ocasiona sin embargo la transferencia de la patria potestad al adoptante”<sup>2</sup> .
- “Contrato solemne, sujeto a homologación del tribunal civil”<sup>3</sup>
- “Acto por el cual se recibe legalmente como hijo a quien no lo es, por naturaleza”<sup>4</sup>
- “La constitución por sentencia judicial o por pacto solemne de un vínculo jurídico entre una o dos personas llamadas adoptante o adoptantes y otra denominada adoptado que resulta análoga en sus presupuestos y efectos a la relación que existe entre padres e hijos, y que extingue o se superpone a la relación del adoptado con sus progenitores biológicos”.<sup>5</sup>
- “Relación de filiación jurídica que se constituye entre sujetos no ligados por la filiación de sangre”<sup>6</sup>
- “[...]una manera que establecen las leyes por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente...”<sup>7</sup>
- “Acto jurídico que crea entre dos personas, un vínculo de parentesco civil del que derivan relaciones análogas, -aunque no idénticas- a los que resultan de la paternidad y la filiación natural”<sup>8</sup> .
- “Acto solemne revestido de la sanción de la autoridad, que crea entre individuos relaciones de parentesco y filiación puramente civiles”.<sup>9</sup>
- “Acto de prohijar o recibir como hijo a quien naturalmente no lo es”<sup>10</sup> .

<sup>2</sup> CAPITANT HENRI.” Vocabulario jurídico”. Buenos Aires. Ediciones de Palma Buenos Aires versión traducida de “Vocabulaire juridique”, por Horacio Guaglinone Aquiles. Año 1986. Pág 33.

<sup>3</sup> CAPITAN HENRI. Op. Cit. Pág. 33.

<sup>4</sup> CLARO SOLAR, LUIS. Citado por AMBROSIO RODRIGUEZ QUIROZ. “Nuevo Régimen de Adopción”. Revista Actualidad Jurídica. Santiago de Chile. Año 2000. Pág. 283.

<sup>5</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “Adopción y Filiación Adoptiva”. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2002. Pág. 74.

<sup>6</sup> BIANCA, citado por CORRAL TALCIANI, HERNÁN. Op. Cit. Pág. 73.

<sup>7</sup> CODIGO DE LAS SIETE PARTIDAS. Citado por RODRIGUEZ QUIROZ, AMBROSIO. Op. Cit. Pág. 284.

<sup>8</sup> CASTAN TOBEÑAS, JOSE. Citado por Graciela Weinstein Weinstein. “Familia y persona”. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile. Año 1991. Pág 177

<sup>9</sup> Citado por Graciela Weinstein Weinstein. Op. Cit. Pág. 127.

<sup>10</sup> Ibid.



- “Aquella que no deriva de la naturaleza, esto es, no es biológica, sino que esta determinada por la ley, donde intervienen, la voluntad de las partes y la autoridad judicial, que fundamentalmente la constituye”<sup>11</sup> .

- “ La adopción es una institución jurídico social que se perfecciona bajo el impulso de un negocio jurídico familiar que debe culminar con una decisión judicial aprobatoria seguida de su fijación registral, y que, regida por normas imperativas en cuanto a su constitución y efectos, tiene por objeto fundamental crear ante adoptante y adoptado una relación paterno filial constitutiva de estado civil generalmente ajena al hecho biológico de la procreación, siendo de menor o mayor grado, según sea su clase, en conformidad a la ley”<sup>12</sup>

## CONCEPTO LEGAL DE ADOPCIÓN EN CHILE.

Las diversas normativas legales que han imperado en el sistema jurídico Chileno, han definido la adopción de diversas formas, las que se incluyen a continuación:

- La ley N° 5.343 en su artículo 1°, denomina la adopción como “ Acto jurídico destinado a crear entre adoptante y adoptado los derechos y obligaciones que establece la presente ley”<sup>13</sup>

- La ley N° 7.613 define la adopción como “Acto jurídico destinado a crear entre adoptante y adoptado los derechos y obligaciones que establece la presente ley...”<sup>14</sup> .(artículo 1°)

- La ley N° 16.346 sobre legitimación adoptiva, expresa en su artículo 1°, que esta es “La que tiene por objeto conceder el estado civil de hijo legítimo de los legitimantes adoptivos con sus mismos derechos y obligaciones en los casos y con los requisitos que se establecen en esta ley”

- La ley N° 18.703 clasifica la adopción en simple o plena, y define a la primera en el artículo 1° como “Aquella que crea entre el adoptante y el adoptado sólo los derechos y obligaciones que se establecen en el título segundo”; y en su artículo 2° como adopción plena “aquella que tiene por objeto conceder al adoptado el estado civil de hijo legítimo de los adoptantes en los casos y con los requisitos que se establecen en el título tercero”.(artículo 1°)

- La ley N° 19.620, no contiene una definición expresa de la adopción, pero establece

---

<sup>11</sup> AVELIUK MANASEVICH, RENE. “La filiación y sus efectos”. Editorial Jurídica. Santiago de Chile. Año 2000. Pág 225 Tomo I.

<sup>12</sup> FUEYO LANERI, FERNANDO. “Notas sobre legitimación adoptiva o adopción plena ante una perspectiva de reforma legislativa”. Gaceta Jurídica N° 45. Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile. Año 1984, Pág 14.

<sup>13</sup> Esta es la denominada figura de la adopción contrato.

<sup>14</sup> IBID.

sus características principales diciendo, en su artículo primero, “que es aquella que 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”<sup>15</sup>

## **NATURALEZA JURÍDICA DE LA ADOPCIÓN.**

La adopción, ha sido concebida de diversas formas durante su evolución, ha sido considerada como un contrato, como una medida de protección y como una institución.

### **Adopción contrato.**

---

Principalmente desde las ideas liberales del siglo XVIII, se percibió la adopción como un contrato generador de obligaciones, en el que se da énfasis a la autonomía de la voluntad de los contratantes, y que por su propia naturaleza no permite que se extiendan sus efectos a terceros no contratantes, es decir, no produce efectos erga omnes. En nuestra legislación tanto la ley N°5.343 como la ley N° 7.613, le atribuyen un carácter netamente contractual a la adopción y por lo mismo esta, sólo produce efectos relativos.

### **Adopción, medida de protección.**

---

Hay quienes le dan a la adopción, el carácter de medida asistencial. La adopción en su sentido amplio acoge algunas figuras que comparten los elementos de las medidas de protección, como la temporalidad de la figura y su revocabilidad –como es el caso de la adopción simple contemplada en la Ley 18.703. Asimismo, la legislación internacional reconoce esta figura intermedia, ya en Italia se conoce una especie de adopción llamada afiliación, la cual, en realidad es una medida de protección, y en España se conoce la figura del acogimiento familiar. La adopción en sentido estricto, es muy diferente de la medida de protección, principalmente por sus efectos irrevocables. En consecuencia, como medida de protección, normalmente, se le ha concebido, como la antesala de la adopción plena o completa.

### **Adopción como institución de derecho de familia.**

---

Se entiende por institución al “Conjunto de reglas creadas por el legislador o los particulares para la satisfacción de intereses colectivos o privados”<sup>16</sup>

<sup>15</sup> De la historia fidedigna de la ley, se desprende que el legislador no quiso entregar un concepto de adopción porque, de acuerdo al artículo 20 del Código Civil, “Las palabras de la ley, se entenderán en su sentido natural y obvio” y en este caso, el concepto de adopción es suficientemente claro.

La adopción participa de los elementos propios de las instituciones de derecho de familia, en las que no rige plenamente el principio de autonomía de la voluntad, que si se manifiesta como referente esencial en otras disciplinas del derecho. En el derecho de familia y sus instituciones, el legislador permite que los particulares manifiesten su voluntad para crear y/o adscribirse a alguna institución, mas no para modificar sus efectos o ponerle término. Los efectos o su disolución con frecuencia se encuentran predeterminados expresamente por la ley. Esto se justifica, por cuanto, las instituciones de Derecho de Familia generan normalmente efectos Erga Omnes, por lo que no pueden las partes, a través, de su consentimiento modificar los caracteres de la institución. Sucede en la adopción, una situación similar a la discusión acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio.

La adopción legalmente constituida da nacimiento a una filiación que no se fundamenta en vínculos de consanguinidad, sino en la expresa voluntad del legislador<sup>17</sup>, lo que reafirma su carácter de institución.

---

<sup>16</sup> CAPITANT HENRI. Op. Cit. Pág. 324.

<sup>17</sup> WEINSTEIN WEINSTEIN GRACIELA. Op. Cit. Pág. 177.



## II.- ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ADOPCIÓN

El origen popular de la adopción, se remonta a la antigua Roma, donde se le conoció abiertamente, como el consuelo de aquellos que no tenían hijos, In Solatium Orbitatis<sup>18</sup>, aunque, existen indicios que permiten deducir que fue conocida con anterioridad, como lo demuestra el Código de Hamurabi y de Manú<sup>19</sup>, asimismo fue conocida en la civilización hindú, egipcia, hebrea y en todos los pueblos de la civilización patriarcal. La adopción fue conocida como una institución, a través de la cual, se le entregaba un heredero o continuador de la línea de sucesión, a quien por naturaleza no podía lograr este objetivo, es decir, tuvo siempre un carácter político-religioso, sin ninguna orientación de protección o tutela del menor. Su fin primordial, era asegurar la perpetuidad de los cultos domésticos, o también denominados “sacra”. La mayor calamidad que podía alcanzar a una familia, era la muerte del Paterfamilis, sin un descendiente que cuidara de su sacra.  
<sup>20</sup> En Roma se tornó popular con la dictación de las leyes Julia Y Papia Papea, las que dieron el privilegio de la adopción, de tres hijos varones. La adopción tenía una doble

<sup>18</sup> CLARO SOLAR, LUIS. “Explicaciones de derecho civil chileno y comparado”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Año 1978. Pág. 141.

<sup>19</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. Op. Cit. Pág. 11.

<sup>20</sup> MAZEAUD HENRI, LEON Y JEAN. “Derecho Civil”. Ediciones jurídicas europa-américa. Buenos Aires. Año 1959. Pág. 537.

función, permitir al Pater obtener un descendiente que continuara con la tradición ancestral de culto, y otorgarle la calidad de ciudadano a quien se hiciera beneficiario de la adopción por parte de un Pater Familis, dejando, por ende, de ser plebeyo, para convertirse en un patricio. La adopción se realizaba a través de dos figuras, a saber, la “Adrogatio” que procedía en favor de un varón Siu Iuris (aquel que había obtenido la emancipación) y la “Adoptio”, para cuando el varón era un Alieni Iuris (sujeto a la patria potestad de otro Pater).

Desde la codificación de Justiniano, los comentaristas comenzaron a clasificar la adopción en plena y menos plena, según si el menor sujeto a adopción, perdía o no el vínculo con su familia de origen. Paralelo a esto, se conoció en Roma la institución del alumnato, que consiste en: “[...recoger a una persona desvalida, abandonada por sus progenitores, con el fin de educarla, criarla, establecerla y, en definitiva, darle un régimen de vida acorde con su calidad de ser humano, que no tenía en su familia de origen]”.<sup>21</sup> Se encuentra en esta institución el carácter tuitivo que hoy en día tiene la adopción, es decir, una institución en favor del menor. El alumnato no era propiamente una adopción, sino más bien una especie de tución del menor, que no tenía por finalidad generar lazos parentales ni sucesorios.

De los objetivos que buscaba la adopción en la época romana, se descarta la adopción de mujeres, pues no se condecía con la finalidad primordial de la institución, que como ficción legal era, permitir la continuación de la sucesión.

Se desprende que la adopción existió, como la figura jurídica que beneficiaba casi íntegramente al adoptante, aún cuando, se establecieron normas limitativas y prohibitivas que miraban al beneficio del adoptado, como aquellas en que se limitaba la aplicación de la figura cuando el adoptante, era el tutor o cuando se verificaba la adopción, por medio de la Adrogatio.

Posteriormente, la adopción, fue casi desconocida como institución en las legislaciones posteriores, sólo aparece mencionada en el Breviario de Alarico o Lex Romana Visigothorum, como un acto de competencia de la curia<sup>22</sup>. En el derecho español fue prácticamente desconocida, careció de importancia, no se encuentra en el Fuero Juzgo lo que indica que no fue conocido en las costumbres visigodas<sup>23</sup>. Sólo en el siglo XV fue introducida al Fuero Real y acogida más tarde en el Código de las Siete Partidas, bajo la denominación de Profijamiento, que se define como, “[una manera que establecen las leyes, por la cual, pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente... ]”<sup>24</sup>. Esta normativa también acoge la clasificación de la adopción, en Adrogatio y adoptio, pero con ligeras modificaciones respecto del Derecho Romano de la época de Justiniano.

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ QUIROZ, AMBROSIO. “nuevo régimen de adopción”. Revista de actualidad jurídica N° 1. Año 2000. Pág. 287.

<sup>22</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. Op. Cit. Pág. 14.

<sup>23</sup> CLARO SOLAR, LUIS. Op. Cit. Pág. 143.

<sup>24</sup> CODIGO DE LAS SIETE PARTIDAS. Citado por RODRIGUEZ QUIROZ AMBROSIO. Op. Cit. Pág. 284.

Con la recepción de las ideas liberales del siglo XVIII y XIX, se empezó a considerar la adopción como un contrato, que se formaba entre el adoptante, el adoptado y su familia de origen

Durante la revolución Francesa se intento revivir la institución, pero entregándole un carácter proteccional, lamentablemente no prosperó adecuadamente aquella promoción. Estas ideas, extrañamente no fueron recepcionadas en las fuerzas codificadoras de las Américas, siendo incluso, totalmente descartada por Bello en su obra cumbre, aún cuando, éste tuvo conocimiento de la institución, como parte del Derecho Romano que inspiró gran parte de su obra.<sup>25</sup>

El gran hito en la evolución de la Adopción, se produjo con las guerras mundiales<sup>26</sup> y en especial, con la segunda guerra mundial, en la que se generó un fenómeno social, que el Derecho no pudo soslayar. La gran cantidad de huérfanos y niños en desamparo producto de las guerras, impulsaron la introducción en la legislación mundial, de leyes, que se hicieron cargo de la adopción, pero con principios y finalidades totalmente distintas, es decir, se comenzó a entender la adopción como institución de familia, en beneficio íntegro del menor abandonado, desamparado o huérfano.

Desde aquel hito, se comienza a configurar la teoría moderna de la adopción, que la concibe, como la institución por la cual, se entrega una familia a un niño. Esto se obtiene, a través, de la adopción legitimante o adopción plena, que hace perder en forma definitiva e irrevocable, los vínculos del adoptado con la familia de origen. Esta institución tuvo su primera manifestación en el derecho francés, el cual lo acogió, mediante el decreto ley del 29 de julio de 1939 que creó la legitimación adoptiva. Hasta esa fecha, la adopción contemplada en el Código Civil Francés, era un medio de transmitir el apellido y la fortuna, mucho más que un modo de crear filiación<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Se indica, por Daniel Chacón Ojeda y otros, en memoria de grado, "Nuevo Régimen Adoptivo Chileno". Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae. Año 2002. Pág. 17, como una de las causas, por la cual, Bello no consideró la adopción dentro de la regulación del código Civil, el que don Florencio García Goyena, jurista español inspirador de Bello, se negó a regular la adopción por constituir una absurda copia de los romanistas.

<sup>26</sup> MESSINEO FRANCESCO. "Derecho Civil y Comercial". Ediciones jurídicas europa-américa. Buenos Aires. Año 1979. Pág. 168 Como señala éste autor, en Italia, durante las guerras, se crearon normas particulares que regularon la adopción de huérfanos de guerra y de hijos que nacieron fuera del matrimonio.

<sup>27</sup> MAZEAUD, HENRI LEON Y JEAN. Op. Cit. Pág 549.





## III.- LA ADOPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.

La adopción tuvo en Chile, su aparición recién, mediante la ley N° 5.343 del 06 de octubre de 1934, siendo completamente ignorada por el Código Civil de 1857. Remonta su origen legislativo a los Congresos Interamericanos de Protección a la Infancia que propuso crear instituciones, como la adopción con fines proteccionales<sup>28</sup>.

Durante mucho tiempo existió reticencia a implantar la institución, sobre todo por los antecedentes que indicaban que con frecuencia se utilizaba ésta, como medio para crear una relación relevante, allí donde alguna circunstancia (incestuosidad o adulterinidad) se oponía a la legitimación o al reconocimiento del hijo natural<sup>29</sup>.

Esta ley, fue sustituida por la ley N° 7.613 del 21 de octubre de 1943, la que se mantuvo vigente hasta la aparición de la ley N° 19.620, que entro en vigencia el 26 de octubre de 1999, no obstante, en el intermedio, se dictaron leyes relativas a la adopción, como la ley N° 16.346 publicada el 20 de octubre de 1965, que contemplaba la legitimación adoptiva. Esta ley fue innovadora en la materia en latinoamérica, siguió el modelo francés de 1939 y de la ley uruguaya N° 10.674 de 20 de noviembre de 1945; También existió la ley N° 18.703 publicada el 10 de mayo de 1988, que acogió por

<sup>28</sup> WEINSTEIN WEINSTEIN, GRACIELA. Op. Cit. Pág. 179.

<sup>29</sup> MESSINEO FRANCESCO. Op. Cit. Pág. 165.

primera vez, en la legislación chilena, la clasificación romana de adopción simple (o semi plena) y de adopción compleja o plena, que tuvo vigencia hasta el 26 de octubre de 1999, fecha de entrada en vigencia de la ley N° 19.620.

## EVOLUCION LEGISLATIVA

### Estudio de la ley N° 5.343

---

Esta ley, entro en vigencia el 06 de octubre de 1934, a propuesta del diputado señor Rafael Moreno Etchavarría. Define la adopción en su artículo 1° como, “Un acto jurídico destinado a crear entre adoptante y adoptado los derechos y obligaciones que establece la presente ley”.

Características de la ley:

- Considera la adopción como un contrato o convenio.
- No constituye estado civil.
- La adopción es revocable e impugnabile.
- Establecida en beneficio casi exclusivo de los adoptantes.

**Adopción contrato.** Esta normativa considera la adopción, como un contrato entre adoptante y adoptado y es enfática en expresar, que no constituye estado civil entre las partes. Tiene como finalidad fundamental mantener la línea de sucesión de los adoptantes. Carece de la función tutelar del concepto moderno de adopción, de hecho establece que la adopción quedará sin efecto de pleno derecho, en el evento que se pruebe que el hijo legítimo de los padres estuviere ya concebido, en la época de la celebración del pacto de adopción.<sup>30</sup> La ley considera la adopción como un beneficio contractual que entregan los adoptantes al adoptado.

**Efectos relativos.** Al ser considerado un convenio o pacto, sujeto al derecho común, sólo produce efectos entre los contratantes, no generando por ende, relación alguna entre el adoptante y el resto de la familia de los adoptantes.

No obstante, la ley permite a los contratantes, que el adoptado y sus descendientes tomen los apellidos de los adoptantes.

**Distingue el momento en que la adopción comienza a producir sus efectos.** Esta ley realiza distinción sobre el momento en que la adopción comienza a producir sus efectos, así, respecto de las partes, ésta opera desde que el pacto de adopción ha sido aprobado judicialmente y aquel se reduce a escritura pública; y respecto de terceros, desde que la escritura pública, se inscribe en el Registro Civil.

Por el pacto de la adopción, se le entrega al adoptante la patria potestad del

---

<sup>30</sup> Ley N° 5.343. Artículo 16.

adoptado, pero no se le entrega el usufructo de sus bienes, ni remuneración alguna.

**Crea derechos sucesorios.** Se generan derechos sucesorios entre las partes, considerándose al adoptado como un hijo natural, en el evento que existan otros hijos legítimos del adoptante; se constituye derecho de alimentos entre las partes.

**Es un pacto eminentemente revocable e impugnabile.** Revocable por la sola voluntad del adoptado, manifestada en escritura pública; por consentimiento mutuo de las partes, y por sentencia judicial que declare la ingratitud del adoptado para con el adoptante. Podrá ser impugnada por aquel que pruebe un interés actual y por los ascendientes legítimos del adoptado y los descendientes legítimos del adoptado.

**Sólo permite la adopción singular.** El beneficio de la adopción lo puede brindar una sola persona, salvo que sea hecha por ambos cónyuges.

Las personas casadas, necesitan del consentimiento de su cónyuge; los eclesiásticos y los tutores tienen prohibición de adoptar.

No contiene edad máxima del beneficiario de adopción, por lo tanto, perfectamente se podía adoptar personas de hasta 45 años de edad.

**Requisitos del adoptante:**

Debe ser persona natural, mayor de cuarenta años y menor de sesenta, que carezca de descendencia legítima y que tengan más de quince años de edad que el adoptado.

**Comentarios:**

Por sus deficiencias, en armonía, de los vacíos que la ley contempló, se prestó para la perpetración de fraudes y para permitir la convivencia de aquellos que por diversos impedimentos no podían contraer matrimonio. Por estas razones, fue derogada orgánicamente, por la ley N° 7.613.

## **Estudio de la ley N° 7613.**

---

Esta ley, entró en vigencia el 21 de octubre de 1943, fue preparada por el Instituto de Estudios Legislativos y mantuvo su vigencia, hasta la publicación de la ley N° 19.620. Es decir, hasta el 26 de octubre de 1999, no obstante, por disposición del artículo 24 de ésta última ley, mantiene su vigencia para efectos sucesorios.

**Características de la ley :**

-Considera que la adopción, es un acto jurídico que celebra el adoptante y el adoptado.

-No constituye estado civil

-Protege, tenuemente, el interés del adoptado.

-Es esencialmente revocable.

-Genera derechos sucesorios y derecho de alimentos.

**Adopción contrato.** Consideró la adopción como un contrato entre adoptante (s) y adoptado y la definió como "acto jurídico destinado a crear entre adoptante y adoptado

los derechos y obligaciones que establece la presente ley...” (artículo 1º)

**No constituye estado civil para las partes.** Sin embargo, para efectos, del artículo 42 del Código Civil, se considera a las partes adoptante y adoptado como parientes.

**Matiz proteccional.** Por primera vez, se establece que la adopción sólo procederá cuando ofrezca ventajas para el adoptado, revelando un espíritu de tutela, que no se había manifestado antes.

**Permite adopción de solteros.** Considera la adopción como un beneficio que puede ser otorgado por una sola persona, salvo cuando se trate de cónyuges.

Se constituye por medio de escritura pública, la que debe ser sometida a la aprobación judicial, y luego ser inscrita en el Registro Civil.

**Efectos.** Produce sus efectos respecto de las partes y de terceros, desde que se realiza la correspondiente inscripción.

**Esencialmente revocable.** Considera el pacto como un acto esencialmente revocable, ya sea, por voluntad del adoptado, manifestada en escritura pública; por consentimiento mutuo que conste en escritura pública; por sentencia judicial que prive al adoptante de la patria potestad del adoptado y por sentencia judicial que declare la ingratitud del adoptado respecto del adoptante.

El adoptado puede tomar los apellidos de los adoptantes, si así, lo manifiesta en la escritura pública.

No genera relaciones jurídicas entre el adoptado y la familia de los adoptantes.

El pacto de adopción genera derechos de alimentos mutuos entre las partes.

Crea derechos sucesorios entre las partes y asimila al adoptado, ante la sucesión intestada, como un hijo natural.

#### **Requisitos del adoptante .**

Sólo pueden adoptar los mayores de cuarenta y menores de sesenta años, que carezcan de descendencia legítima o que teniéndola, sean mayores de edad y hayan aprobado el pacto por escritura pública.(artículo 2º ley N° 7.613)

No establece edad máxima para el adoptado, pero en función de la edad máxima del adoptante, en armonía con la diferencia de edad que debe existir con el adoptado se concluye, que puede ser adoptado una persona de hasta 45 años de edad.

#### **Comentarios .**

Esta ley, reguló la constitución de la adopción, como un pacto de familia y estableció la llamada adopción común, que hace no perder los vínculos del adoptado con su familia de origen. Creó un procedimiento relativamente sencillo. Su vigencia duró hasta la entrada en vigencia de la ley N° 19.620. Al no constituir estado civil, no resultó ser una verdadera solución para los padres que deseaban tener hijos propios, razón por la cual, en muchos casos, en vez de adoptar, se siguió el camino fraudulento de inscribir como propios, hijos ajenos<sup>31</sup> .

---

<sup>31</sup> RAMOS PAZOS, RENÉ. “Las nuevas normas de adopción”. Revista de Derecho. Año 2000. Pág.149

## Estudio de la ley N° 16.346.

---

Esta ley, se creó según moción presentada, por don Humberto Alvarez Suárez, y entró en vigencia el 20 de octubre de 1965, tuvo como directriz la normativa francesa de 1939 y uruguaya de 1962 e intentó dar cumplimiento a lo establecido en el IX Congreso Panamericano del Niño, celebrado en Caracas en 1948, fue promovida tenazmente por don Fernando Fueyo Laneri,<sup>32</sup> aunque él mismo, criticó la fórmula legal que acogió la legitimación adoptiva.

### **Características de la adopción :**

- Establece un procedimiento judicial para legitimar adoptivamente a un hijo ajeno.
- Irrevocable.
- Cumple una función tutelar sobre los menores en estado de desprotección.
- Generadora de estado civil.

**Instaura la legitimación adoptiva.** Figura que no existía hasta la época en Chile ni en Latinoamérica, salvo en Uruguay. La denominación legal fue criticada, por cuanto, la legitimación es la regularización del estado civil del hijo ilegítimo y no una adopción<sup>33</sup>.

Esta ley, contempla una especie de adopción denominada, legitimación adoptiva, que es, la que concede al menor, el estado civil de hijo legítimo, con sus mismos derechos y obligaciones. (artículo 1° ley N° 16.346)

**Genera estado civil.** Admite por primera vez, un procedimiento por el cual el adoptado podría llegar a ser hijo legítimo de los adoptantes, es decir, generaba estado civil.

Sólo pueden adoptar, las familias constituidas mediante matrimonio, el que debía tener a lo menos, 5 años de antigüedad.

**Acoge concepto de abandono.** Se incluye por primera vez, el tratamiento de los menores abandonados, los huérfanos de ambos padres y los que estuvieren internados en instituciones públicas o privadas de protección de menores.

Por primera vez, se reconoce la función tutelar que debe tener la sociedad, con los menores.

**Es por esencia, irrevocable.** Salvo en el caso de fraude o dolo, en la constitución de la adopción legitimante.

**Produce extinción de vínculos.** La legitimación adoptiva, produce la extinción de los vínculos entre el adoptado y su familia de origen, salvo en cuanto a los impedimentos para contraer matrimonio y la facultad del adoptado, para impetrar derechos patrimoniales sobre su familia de origen, como prestaciones, asignaciones etc.

---

<sup>32</sup> CORRAL TALCIANI, HENÁN. Op. Cit. Pág. 39

<sup>33</sup> MAZEAUD HENRI, LEON, JEAN. "Derecho Civil" Ediciones jurídicas europa américa. Buenos Aires. Año 1959. Pág. 575.

**Se constituye, sólo por sentencia judicial.** A petición escrita de los adoptantes y cuando concurren los demás requisitos que la ley establece, el procedimiento se tramita conforme a las normas de menores, el juez deberá verificar el cumplimiento de los requisitos legales, recibirá y decretará de oficio las probanzas que estime necesarias para comprobar los hechos y motivos que justifiquen la legitimación adoptiva.

**No es obligatorio citar a los padres.** Sólo si el juez lo estima procedente, debe citar a los padres biológicos para que comparezcan en las diligencias de la legitimación adoptiva.

La adopción legitimante producirá sus efectos, desde que se inscriba la sentencia que declaró la legitimación adoptiva en el Registro Civil.

**Instaura el secreto.** Se incluye por primera vez, la obligatoriedad del secreto de todas las actuaciones propias de la legitimación adoptiva, señalando figuras penales para aquellos que violen esta obligación de secreto. Señala así mismo, que se debe cancelar la antigua inscripción de nacimiento del menor y se debe destruir la ficha que identifique al adoptado y cualquier otro antecedente que permita su identificación.

**Otorga amnistía.** Establece la amnistía de todos aquellos que en contravención a la ley, hubieren inscrito como suyos, hijos ajenos, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, salvo que hubieren actuado con intención dolosa.

#### **Requisitos de los adoptantes .**

Menciona como requisitos esenciales para realizar la legitimación adoptiva, el que los adoptantes estuvieren unidos en matrimonio de 5 o más años de antigüedad, que sean mayores de treinta años y menores de sesenta y cinco años, que tengan una diferencia de veinte años con el adoptado, y que hayan tenido a lo menos 2 años bajo su cuidado al menor.

#### **Requisitos del adoptado .**

Sólo procedía en favor de menores de 18 años de edad, que se encuentren en estado de abandono, que sean huérfanos de ambos padres, hijos de padres desconocidos o que hayan estado internados en instituciones públicas o privadas, cuyos padres no hayan demostrado verdadero interés por ellos. Considerándose para los efectos de la ley, que se encuentran abandonados, los menores que no han sido atendidos personal, ni económicamente por sus padres, durante un plazo especial que señala la ley.

#### **Comentarios.**

Si bien, esta ley llenó un vacío legal, estableció procedimientos tan engorrosos y plazos tan largos que prácticamente fue inaplicable, así también, fue tan drástica al tratar el secreto, que se vulneró expresamente el derecho a la identidad del menor. Por último, bastante criticable fue la facultad discrecional del juez de citar a los padres biológicos para que asistieran a las diligencias y trámites para constituir la adopción legitimante, lo que derivó en el tráfico ilegal de niños para ser adoptados, y que más tarde se vio ratificado cuando una serie de padres alegaron no haber sabido que entregaban a sus hijos en adopción. Todas éstas, fueron razones suficientes, para que la ley fuera derogada expresamente con la entrada en vigencia de la ley N° 18.703.

## Estudio de la ley nº 18.703.

---

Entró en vigencia el 10 de mayo de 1988, a iniciativa del Ministro de Justicia don Hugo Rosende Subiabre, quien ingreso el proyecto para su discusión en 1986. Esta ley contempla un sistema dual de adopción, simple y plena. Reguló por primera vez, en el sistema jurídico chileno, la salida de menores al extranjero para efectos de su adopción.

### Adopción simple .

Bajo esta ley, se acogió la institución de la adopción simple, que en estricto rigor, no comprende las características propias de la adopción, y al decir, de don Ambrosio Rodríguez Quiroz, es más bien, una institución asimilable al alumnato, conocido, en el Derecho Romano y que consistía: “[...en recoger a una persona desvalida, abandonada por sus progenitores, con el fin, de educarla criarla, establecerla y en definitiva, darle un régimen de vida acorde con su calidad de ser humano, que no tenía en su familia de origen]”.

El artículo 1º de la ley N° 18.703 expresa que “la adopción simple crea entre adoptante y adoptado, sólo los derechos y obligaciones que se establecen en el título II”. Por su parte, el artículo 6º establece que “sólo podrán adoptarse a menores de 18 años de edad que estén en necesidad de asistencia y protección; que carezcan de bienes al momento de su adopción o que éstos consistan en pensiones, u otras prestaciones originadas por el sistema de seguridad social”.

La doctrina entiende la adopción simple como “aquella que tiene por objeto, crear un vínculo familiar semejante al de la familia legítima, originando entre adoptante y adoptado una serie de derechos y obligaciones que pretenden imitar –sin igualar- a los que nacen de éste tipo de filiación”<sup>34</sup> .

La adopción simple, consiste en una especie de tuición con mayor reglamentación, que la que establece el Derecho de Menores. Su naturaleza jurídica es compleja, participa de los caracteres de una medida asistencial, como de los de una institución propia del Derecho de Familia”<sup>35</sup> .

Sólo procede en beneficio de menores de 18 años de edad y se extingue una vez que el adoptado cumple la mayoría de edad.

### Características de la adopción simple de la ley 18.703 .

- Es una especie de tuición con mayor reglamentación.
- No genera estado civil, ni origina derechos sucesorios.
- Regula los beneficios de seguridad social del adoptado.
- Sólo procede respecto de menores en desamparo o desprotección.

**No constituye estado civil.** Tampoco permite al adoptado tomar los apellidos del

---

<sup>34</sup> WEINSTEIN WEINSTEIN, GRACIELA. Op. Cit. Pág. 183.

<sup>35</sup> WEINSTEIN WEINSTEIN, GRACIELA. Op. Cit. Pág. 187.

adoptante y no genera derechos sucesorios entre los adoptantes y el adoptado.

Coexiste con la ley 7.613 que establece el sistema de adopción común.

**Otorga beneficio de salud.** Innova en cuanto establece, que se considera al adoptado como carga del adoptante para todos los efectos de asignación familiar y cualquier otro beneficio de salud y seguridad conforme a las leyes que rijan dichas prestaciones.

**No se extinguen los vínculos con la familia de origen.** No produce la pérdida de vínculos, entre el adoptado y su familia de origen, sin perjuicio, se suspende de pleno derecho la patria potestad que tenían los padres legítimos sobre el menor. Esta la comienza a detentar el adoptante, quien además adquiere el derecho a consentir en el matrimonio del menor sujeto a adopción.

**Se constituye judicialmente.** La adopción simple se otorga por medio de sentencia judicial, dictada con conocimiento de causa, luego que se hayan acreditado los presupuestos que exige la ley.

**Requiere subinscripción.** La adopción comienza a producir sus efectos, desde que se realice la subinscripción de la sentencia que otorga la adopción, al margen de la partida de nacimiento del menor.

**Revocable.** La adopción será esencialmente revocable, y termina al cumplir el adoptado la mayoría de edad. Por la dictación de una sentencia judicial que resuelva, que se han perdido las finalidades por las que se la otorgó o, por la adopción del menor conforme a las reglas de la ley N° 7.613 o por las reglas de la adopción plena establecida en la ley N° 18.703 ( artículo N° 20 ley 18.703).

#### **Requisitos del adoptante .**

Los adoptantes deben ser, personas naturales, mayores de edad, plenamente capaces, que hayan tenido al menor a su cargo a lo menos durante seis meses en forma ininterrumpida, que tengan a los menos quince años de diferencia con el menor y en el caso de estar casados, que el cónyuge haya consentido en la adopción.

#### **Requisitos del adoptado .**

Que el menor se encuentre en estado de desprotección, falta de asistencia y que tenga carencia de bienes, para este efecto, el juez podrá de oficio o a petición de parte, decretar las diligencias y oficios que miren tal objetivo, especialmente el beneficio que reporte la adopción para el menor. Se establece que el juez deberá oír a los padres legítimos del menor, siempre que ello sea posible.

#### **Comentarios .**

Bajo el imperio de ésta ley, por primera vez se permitió incluir como carga familiar, a los menores sujetos a esta figura y acoge íntegramente la función tuitiva de la adopción. Se critica que se haya derogado con la entrada en vigencia de la ley N° 19.620, la cual, no dejó en pie, ninguna institución similar, salvo las medidas de protección que pueden ser decretadas por el Juez de Menores dentro del ámbito de su competencia.

#### **Adopción plena .**



La ley N° 18.703 contempló la figura de la adopción plena, caracterizándola como aquella “Que tiene por objeto conceder al adoptado, el estado civil de hijo legítimo de los adoptantes en los casos y con los requisitos que se señalan en el título tercero” (artículo 1° ley N° 18.703).

La jurisprudencia la concibe como “Una ficción legal que crea un vínculo virtualmente familiar entre el adoptado y sus adoptantes que unidos en matrimonio provoca una relación equivalente o similar a la que existe entre padres e hijos legítimos y, aún más, por dicha institución caducan los vínculos de la filiación de origen del adoptado, creándose el estado civil de hijo y padres legítimos, con los adoptantes, de un modo irrevocable, debiendo estarse para ello y en primer lugar al interés del menor y seguidamente al de sus padres adoptivos, quienes deben manifestar su voluntad y decisión de recibirlo en la condición de hijo”<sup>36</sup>.

#### **Características de la adopción plena :**

- Generadora de estado civil.
- Irrevocable.
- Sometida a la justicia ordinaria.

**Derogó la adopción legitimante.** La introducción de la adopción plena, vino a reemplazar la legitimación adoptiva de la ley N° 16.346, la cual, según señalamos anteriormente, presentaba plazos y procedimientos tan engorrosos que hacían programática la norma.

**Constituye estado civil.** Recoge la aspiración de convertir la adopción en la figura jurídica que permite a los adoptados tener la calidad de hijos de los adoptantes, es decir, es generadora de estado civil y produce la pérdida de todo vínculo entre el adoptante y su familia de origen, con excepción de los impedimentos para contraer matrimonio y algunos tipos penales como el parricidio. De allí que desde esta ley en adelante, se puede hablar propiamente de la filiación adoptiva, en nuestro sistema.<sup>37</sup>

La adopción plena, sólo procede en favor de menores de edad que se encuentren en estado de orfandad, de filiación desconocida, de abandono o que sean hijos de alguno de los cónyuges.

**No permite adopción de solteros.** Sólo puede ser solicitada por cónyuges, es decir, no permite la adopción plena por personas solteras, aunque permite la adopción de personas viudas, con tal que se hayan iniciado los trámites de la adopción con anterioridad al fallecimiento de uno de los cónyuges o que se pruebe mediante instrumento público, testamento, o un conjunto de testimonios fidedignos que establezca de manera irrefragable, la voluntad del cónyuge difundo de otorgar la adopción respecto del menor determinado.

**Permite la tuición preventiva.** Una vez decretada la declaración de abandono,

---

<sup>36</sup> CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. “Revista de derecho y jurisprudencia”. Tomo XC, sección segunda. Editorial Jurídica de Chile. Año 1993. Pág. 183.

<sup>37</sup> Aún cuando, antes existió la legitimación adoptiva, pero que según vimos, tuvo una vida efímera.

podrán los solicitantes de adopción, solicitar la tuición o cuidado personal de él o los menores, para luego, solicitar la declaración de la adopción plena todo conjuntamente.

**Efectos.** La adopción produce sus efectos, entre adoptantes y adoptado y respecto de terceros, desde que se practica la nueva inscripción de nacimiento, en la que consta la sentencia, que declara la adopción plena del menor.

**Irrevocable.** La adopción plena es irrevocable, sin perjuicio que puede ser declarada nula por haber sido obtenida en forma fraudulenta.

**Principio del secreto.** Se establece el secreto de las actuaciones y tramitaciones a que de lugar la adopción plena, no obstante, con una mayor flexibilidad el secreto con relación a la ley N° 16.346, toda vez, que no ordena destruir la ficha de adopción como lo disponía ésta, sino que, ordena cancelar la antigua inscripción y dejar en custodia la ficha de adopción bajo el cuidado del Jefe del Archivo General del Registro Civil.

#### **Requisitos de los adoptantes .**

La adopción se establece mediante sentencia judicial, en la cual se haya acreditado fehacientemente, ante el Juez de Letras de Menores del domicilio de los adoptantes, que los adoptantes son cónyuges mayores de 25 años de edad, menores de sesenta<sup>38</sup>, con 5 o más años de matrimonio, con 20 años o más de diferencia con el adoptado (límites de edad que pueden ser rebajados por el juez hasta un máximo de 5 años cuando se justifique). Límites de edad que no regirán para los adoptantes, ascendientes por consanguinidad del adoptado, que hayan tenido al menor bajo su tuición o cuidado al menos durante 1 año en forma ininterrumpida.

#### **Requisitos de adoptado .**

Sobre el menor, se debe acreditar que se encuentra en estado de abandono, orfandad, sin filiación determinada o que sean hijos de uno de los cónyuges adoptantes. Para estos efectos, la ley considera, que el abandono es, la exposición o desamparo permanente de un menor, dejándole en situación de subsistir, sólo auxiliado por terceros, como así mismo, se entiende abandonado un menor, cuando, no obstante, estar legalmente bajo el cuidado de sus padres u otras personas, no hayan sido objeto de atención personal, afectiva, ni económica por parte de ellos, durante un año o seis meses, en caso que el menor tenga menos de seis meses. También se entenderán abandonados, los menores que estén a cargo de instituciones públicas o privadas de protección de menores, cuando hubieren sido éstos entregados a éstas por sus padres, o por los responsables de ellos, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales sobre el menor.

#### **Procedimiento de adopción.**

La adopción, se tramita conjuntamente con la declaración de abandono, orfandad o

---

<sup>38</sup> Sobre esta materia, se produjo una situación curiosa, cuando, un matrimonio de Punta Arenas de 69 y 63 años de edad, intentó solicitar una adopción plena, aduciendo que el máximo de 5 años de rebaja, sólo procedía respecto de la edad mínima que la ley exige para adoptar, más no, para la edad máxima donde el juez, supuestamente, tendría libertad para ampliarla. Sin embargo, esta tesis fue rechazada por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en resolución recaída en causa rol 6.448, caratulada Hector Douglas Talentito. 23 de marzo de 1990.

de filiación indeterminada del menor. El juez deberá ordenar la notificación de los padres, guardadores o personas que tengan a su cargo el cuidado del menor, en el caso de no ser conocida la identidad o el domicilio de éstos, el Juez podrá ordenar la notificación por medio de avisos, con la sanción de tenerlos por rebeldes si no comparecen dentro del término especial que contempla la ley. Luego, deberá recibir la causa a prueba y ordenar de oficio las pruebas tendientes a acreditar los presupuestos de la adopción, para declarar el estado de abandono u orfandad, y otorgar, posteriormente, la adopción plena a favor de los solicitantes, siempre que se cumplan los requisitos del tiempo de tuición o cuidado personal que exige la ley.

#### **Comentarios .**

Esta ley reguló de mejor manera, los vacíos normativos que existían sobre la adopción en Chile, morigeró las drásticas normas sobre el secreto de la adopción que contenía la ley N° 16.346 y contribuyó notablemente en el tratamiento del abandono de menores, en orden a entender cada día más la adopción como una institución proteccional del menor desamparado, antes que una institución en favor de los padres que no tienen hijos. Pero adoleció de vacíos, como el no permitir la adopción por personas solteras. Además, fue objeto de variadas críticas, especialmente por no haber realizado una adecuada distinción de procesos, toda vez que no separó el proceso de la declaración de abandono del menor, del procedimiento de adopción propiamente tal, provocando que tal confusión sirviera de fuente de abusos, por cuanto, muchas veces, la familia de origen del menor extorsionaba con fin de lucro a los que solicitaban la adopción, antes de acceder a la declaración de abandono del menor

#### **Salida de menores para su adopción en el extranjero:**

La ley N° 18.703 no reglamentó la llamada adopción internacional de menores, simplemente reguló, la salida de menores para que fueran adoptados en el extranjero, los que luego se deberían someter a la normativa extranjera sobre adopción. Esta figura devino en el delito de tráfico de niños desde Chile hacia el extranjero.

Atendidos los numerosos escándalos, derivados de la salida de menores al extranjero, que enlodó gravemente el decoro de nuestros tribunales de justicia, la Corte de Apelaciones de Santiago, dictó un auto-acordado, que fue publicado con fecha 02 de julio de 1992 y que tuvo por objeto, regular la normativa aplicable a los procedimientos vinculados con la salida de menores al extranjero. Aquella normativa prescribió, entre otros aspectos, que sólo se podía utilizar el procedimiento de salida de menores, cuando previamente se hubiere solicitado la declaración de abandono del menor o su tuición preventiva; asimismo, estableció la obligación de realizar las notificaciones contempladas en la ley N° 18.703; obligó a recibir la causa a prueba y ordenar diligencias y pruebas del caso; incorporó un principio que no estaba claro en la ley N° 18.703, que establece que la autorización de salida del menor al extranjero para efectos de adopción sólo procede cuando el sentenciador haya llegado al convencimiento de que no es posible en Chile dotar al menor de un ambiente de integración familiar normal (principio de subsidiaridad) y por último, eliminó la posibilidad de acceder a la adopción en el extranjero, mediante una autorización notarial de los padres, para que el menor saliera del país.

## Estudio de la ley N° 19.620

---

El proyecto original, se envió al Congreso Nacional, durante el período Presidencial de Patricio Aylwin Azócar en el año 1993. Con fecha 21 de marzo de 1995 se presentó una indicación sustitutiva y finalmente, con fecha 01 de junio de 1999 se aprueba por ambas cámaras. El 25 de junio de 1999 se promulga y el 5 de agosto de 1999 se publica en el diario oficial, no obstante, sólo entró en vigencia el 26 de octubre de 1999, conjuntamente con la ley N° 19.585 que reformó el estatuto de filiación que existía en Chile. Rápidamente la ley 19.620, tuvo que ser modificada, porque, se produjo una grave inadvertencia legislativa, sobre los procesos que se habían iniciado con anterioridad a la vigencia de la ley N° 19.620, generándose un caos entre los tribunales. Algunos de ellos, estimaron que se debía aplicar, íntegramente, la ley con la cual se inició el procedimiento, mientras que otros comenzaron a utilizar la normativa vigente a la fecha, es decir, las normas contempladas en la ley N° 19.620. La mayor fuente de confusión, se produjo con la declaración de abandono del menor, y sobre cual normativa se debía aplicar para tal efecto<sup>39</sup>. Por éste motivo, se dictó la ley N° 19.658 que entró en vigencia el 20 de diciembre de 1999, la que agregó un artículo transitorio a la ley N° 19.620 y estableció que los procesos de adopción iniciados con anterioridad al 26 de octubre de 1999, se continuarían tramitando íntegramente conforme a la ley vigente al inicio del procedimiento, y puso fin a la incertidumbre que se había generado al respecto.

### Características de la ley 19.620 .

**1.- Es una normativa excluyente.** Por cuanto derogó expresamente todas las leyes relativas a la adopción que se mantenían con vigencia al 26 de octubre de 1999, es decir, la ley N° 7.613 de 1943 y la ley N° 18.703 de 1988.

Si bien la ley N° 19.620 derogó en forma expresa las leyes N° 7.613 y N° 18.703, dejó con vigencia relativa éstas leyes, pues, de acuerdo al artículo 45 de la ley, los que tengan la calidad de adoptante y adoptado conforme a la ley N° 7.613 y los que se acogieron al régimen de adopción simple de la ley N° 18.703, continuarán sujetos a los efectos propios de dichas normativas, incluso en lo relativo a los derechos sucesorios, por tanto, se mantiene la vigencia de dichas normativas. Pero se da la opción a los interesados para acogerse a todos los efectos de la ley N° 19.620, mediante pacto escrito reducido a escritura pública, en el cual, conste el consentimiento de adoptantes y adoptado o el representante de éste, según sea el caso. Este pacto debe ser aprobado por el juez competente y tanto el pacto, como la resolución judicial que lo aprueba, deben ser enviados al Registro Civil para la confección de la nueva inscripción de nacimiento del adoptado.

**2.- Establece un régimen único de filiación adoptiva.** Eliminó la clasificación de adopción simple y plena de la ley N° 18.703 y la adopción común de la ley N° 7.613, para dejar vigente un sistema de adopción, generadora de vínculos de filiación, que siempre origina estado civil, pasando por ende, el adoptado a ser hijo de él, o los adoptantes. Esto, en armonía con la ley N° 19.585 que vino a reformar el estatuto de filiación existente

<sup>39</sup> CORRAL TALCIANI, HENÁN. Ob. Cit. Pág 53.

en Chile y eliminó las diferencias entre hijos legítimos, ilegítimos y naturales.

**3.- Establece una separación de procesos.** En una acertada decisión legislativa, -influenciada por la normativa internacional- se separó el proceso de la declaración de susceptibilidad de adopción, con el proceso de adopción propiamente tal. La nueva ley, elimina la figura de la declaración de abandono, por considerar que atentaba contra la dignidad del menor y en cambio crea la figura de la susceptibilidad de adopción. La separación de procesos, salvó las mayores críticas que recibía la ley N° 18.703, en orden, a la confusión que generaba al mezclar en un mismo procedimiento la declaración de abandono, con el otorgamiento de la adopción.

**4.- Pleno respeto por los principios de protección internacional del niño.** Convenciones internacionales como la Convención de los Derechos del Niño y la Convención de la Haya sobre Protección de la Infancia y Cooperación en materia de Adopción Internacional, han sido ratificados por Chile pasando a formar parte integrante de la normativa interna de nuestra República, y han consagrado principios, que fueron debidamente cautelados por la ley N° 19.620, la que acoge expresamente el principio de interés superior del niño y el principio de subsidiaridad, como directrices rectoras del nuevo estatuto de filiación.

**5.- Orientación plenamente tutelar de la adopción.** A diferencia de la normativa anterior, que sólo en esbozos, intento otorgarle un rol tutelar a la normativa sobre adopción, la ley N° 19.620, tiene una orientación plenamente tutelar sobre el menor y concibe la adopción, como la figura jurídica que permite, que un menor tenga derecho a una familia y no, como la forma de entregar a los padres un hijo. Principalmente a través de los programas de adopción, se informa, educa e investiga a los postulantes de adopción, se realiza un estudio interdisciplinario, con especialistas, psicólogos, asistentes sociales, abogados, etc. que en conjunto, emiten una opinión que servirá para entregar el certificado de idoneidad de él o los postulantes para ser padres adoptivos.

**6.- Permite, por primera vez, la adopción generadora de vínculos de filiación de personas solteras, y divorciadas.** Esta ley consagra el derecho de personas solteras y divorciadas a adoptar a un menor con vínculos de filiación, situación que en ninguna de las anteriores legislaciones se permitió hacer, ya bien, la ley N° 16.346 que estableció la legitimación adoptiva, exigía que los adoptantes fueran cónyuges y por excepción podía solicitarlo un viudo, pero sujeto a ciertas limitaciones como vimos en anteriormente; la ley N° 18.703 sobre adopción plena que también otorgaba la calidad de hijo a los adoptados conforme a tal procedimiento, requería que los solicitantes fueran cónyuges y por excepción viudos pero sujetos también a limitaciones; luego la ley N° 7613, permitía la adopción por parte de solteros, pero aquella adopción, era simple o común, es decir, no generaba estado civil como tampoco vínculos de filiación. La ley N° 19.620, cuando no existen matrimonios interesados, permite a las personas solteras y divorciadas adoptar a un menor, pero aquellos concurren con desigualdad frente a las parejas unidas en matrimonio que sean solicitantes de adopción, toda vez, que el legislador estableció un orden de preferencias para acceder a la adopción de un menor.

**7.- Sólo permite la adopción de menores de edad.** Con la entrada en vigencia de la ley N° 19.620 se derogó expresamente la ley N° 7.613 que permitía la adopción de mayores de edad, pero la nueva ley no acogió la adopción común y por ende, sólo se

puede adoptar a menores de edad, es decir, a menores de dieciocho años de edad.

Suscita conflicto, el determinar cuando debe el adoptado ser menor de 18 años, si al momento de la declaración de adopción, al momento de la declaración de susceptibilidad de adopción, o al momento de iniciarse los trámites de cualquier clase, tendientes a la futura adopción del menor. No existe un criterio oficial para dirimir este conflicto<sup>40</sup>, pero en función de lo dispuesto en el artículo 24 de la ley N° 19.620, que obliga al juez a verificar el cumplimiento de los requisitos legales al recibir la solicitud de adopción, se estima<sup>41</sup> que el menor debe cumplir con el requisito de la minoría de edad cuando se presenta la solicitud de adopción. Nuestra legislación no contempla –como si lo hace la normativa de adopción argentina- que la adopción tenga efecto retroactivo, pues rige al efecto el artículo 37, inciso final, de la ley N° 19.620, (que prescribe que la adopción producirá sus efectos propios, desde que se realice la inscripción de nacimiento, que la sentencia ordena).

**8.- Otorga mayor competencia al Servicio Nacional de Menores.** Con la dictación de la ley N° 19.620, se le entregan mayores y mejores atribuciones al Servicio Nacional de Menores (SENAME), que permiten una mejor conducción del procedimiento de adopción y una eficaz fiscalización, que evita los abusos, como el tráfico de niños y el lucro por la adopción de menores, que se dio con frecuencia en nuestro País. Entre estas atribuciones, se pueden mencionar, la facultad del SENAME, de intervenir sin expresión de causa, en cualquier proceso de adopción que se tramite en nuestro país. Se otorga competencia absoluta al SENAME para la tramitación de las adopciones internacionales, exigiendo el patrocinio de ésta institución. Le otorga al SENAME y a ciertas instituciones acreditadas, la competencia para otorgar los certificados de idoneidad, que es un requisito imprescindible que deben completar los postulantes a adopción.

**9.- Regula por primera vez la adopción internacional.** En nuestra legislación nunca se trato, adecuadamente, la adopción internacional que es aquella que tiene por objeto la adopción de menores chilenos por ciudadanos extranjeros, que no tengan residencia en el país. Conforme a la normativa establecida en la ley N° 18.703, a los ciudadanos extranjeros se les permitía obtener la tuición de menores chilenos, para luego obtener la adopción conforme a las reglas del país de origen de los adoptantes, sin embargo, esta facultad fue eliminada por la ley N° 19.620, la que aplicó un cambio sustancial, ya que ahora sólo se permite la adopción de menores chilenos, por parte de extranjeros no residentes, conforme al sistema de adopción nacional, con la exigencia de que debe ser gestionada en su totalidad con el patrocinio del SENAME o por algún organismos acreditado por aquella institución. De este modo, nuestra legislación adoptó las directrices internacionales establecidas en la Convención de la Haya, que regula la adopción internacional. Con esto se pretende evitar el tráfico de niños, la explotación de menores, y la venta de niños para la realización de prácticas como los snuff-movies, que son, las

<sup>40</sup> Sobre este tema, la doctrina Argentina estima, en función, del artículo 322 del Código Civil (Argentina), que el menor debe cumplir con la minoría de edad, al momento de otorgarse la guarda adoptiva, toda vez, que tal disposición expresa que la sentencia que acuerde la adopción, tendrá efecto retroactivo, a la fecha del otorgamiento de la guarda.

<sup>41</sup> CORRAL TALCIANI, HENÁN. Ob. Cit. Pág 135.

películas snuff -también conocidas como “white heat o the real thing”, donde se tortura, viola y asesina a menores, con el único objetivo de registrar estos hechos por algún medio audiovisual.

**10.- Deroga el régimen de adopción dual existente en la legislación Chilena.** Crea la figura de la adopción generadora de vínculos de filiación, excluyente y generadora del estado civil de hijo para el adoptado con todos los efectos que ello conlleva.

**11.- Considera al trámite de la adopción propiamente tal, como un procedimiento no contencioso que no admite oposición.** La oportunidad legal de los padres y parientes para oponerse, se verifica durante la tramitación de las gestiones previas a la adopción.

**12.- Contempla la aplicación del principio del secreto relativo .** En cuanto a las actuaciones relativas al proceso de adopción y establece, sanciones para la divulgación de la información que tiene carácter de reservada.

**13.- Control por entidad pública.** Establece la indicación establecida por la Convención de la Haya relativa a la Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, sobre el control de la adopción por una entidad pública y central (SENAME) y otros organismos acreditados o autorizados que tengan naturaleza privada.

**14.- Elimina la figura del abandono como requisito previo para la constitución de la adopción.** En su reemplazo creó la figura de la susceptibilidad de adopción, que es aquel proceso previo, en el cual, el tribunal competente, en base a los antecedentes reunidos, determina si el menor puede ser sujeto de adopción.

**15.- Se elimina la naturaleza contractual de la adopción.** La ley N° 19.620, concibe la adopción como institución y no como contrato, aún cuando, se exige el consentimiento del menor adulto, para la aprobación de la adopción y el juez esta obligado a escuchar al menor, en función de su edad y madurez (artículo 3° ley N° 19.620).

**16.- Establece la creación de un registro de niños susceptibles de ser adoptados y un registro de posibles adoptantes.** Con el objetivo de tener absoluta certeza acerca de quienes pueden ser sujetos de adopción, el legislador instauró un sistema de registros, que el SENAME tiene el deber de actualizar permanentemente, en estos registros se incluyen: las personas que pueden ser adoptadas; personas legitimadas para adoptar. (artículo 5° ley N° 19.620, artículo 4° y 5° del reglamento de ley 19.620).

**17.- Celeridad.** Establece mediante diversas disposiciones la celeridad del proceso de adopción.

Permite que se inicien los trámites de adopción antes del nacimiento del menor.

**18.-La adopción tiene efectos irrevocables.** El menor pierde todos los vínculos con su familia de origen.





## IV.- ANÁLISIS DE LA LEY N° 19.620.

Para el estudio de la Ley N° 19.620 sobre adopción revisaré, los siguientes aspectos que constituyen la médula del nuevo estatuto de filiación adoptiva, los principios generales que orientan la adopción, como el de interés superior del niño, el de subsidiaridad y el derecho a la identidad y el derecho del menor a ser oído y a ser tomado en cuenta según su edad y grado de madurez; los sujetos que pueden adoptar; sujetos que pueden ser adoptados; el abandono como presupuesto de la adopción; procedimientos previos de la adopción; procedimiento de constitución de adopción; efectos de la adopción; críticas y modificaciones establecidas a la ley N°19.620.

### **Principios generales que orientan el estatuto de adopción**

Tal como en todas las ramas del derecho, existen en la adopción principios generales que informan la institución. Estos principios generales, rebasan el contenido normativo del ordenamiento positivo que regula la materia y sirve de ilustración para la creación, aplicación e interpretación de las normas jurídicas, también cumplen la función de ser fuentes supletorias de derecho, en aquellas situaciones en que existe laguna de ley.

Al decir de Carnelutti, los principios generales, se encuentran dentro del derecho escrito, como el alcohol dentro del vino,<sup>42</sup> y se les ha definido como “Los criterios

valorativos supremos que forman una excedencia de contenido deontológico y axiológico en relación con las normas singulares”<sup>43</sup> .

Los principios, a menudo se encuentran manifestados en normas positivas de la legislación interna del país, lo que expresa, “un indicio de su existencia, más no una condición de su vigencia, pues se trata en verdad de valores superiores al ordenamiento jurídico positivo”<sup>44</sup> .

Al identificarse el principio con una determinada norma, muchas veces se tiende a confundir los principios jurídicos que informan una institución, con los derechos propios que de ella emanan. En aras de evitar la confusión, he intentado buscar y desarrollar, de entre los numerosos principios que la doctrina acepta, los que tiene mayor importancia al efecto, para luego, analizar algunos derechos del cual, el niño sujeto de adopción, es titular.

## **Principio del Interés Superior del Niño.**

---

La naturaleza multivoca del término, atenta contra la precisión del significado del principio. Participa éste, de los caracteres propios de las llamadas nociones marco que son frecuentes en el Derecho de Familia<sup>45</sup>

Hecha esta prevención, se puede decir que el principio del interés superior del niño, es un criterio rector que debe guiar, ilustrar e informar todas las actuaciones de los organismos, públicos, privados, de las personas naturales y de todos aquellos que de algún modo, puedan mediante sus acciones vulnerar los derechos de los niños.

Asimismo, como dice Maricruz Gómez de la Torre,<sup>46</sup> éste principio cumple una triple función, es una garantía para el menor debido a que toda decisión que concierne al niño debe considerar fundamentalmente sus derechos. Es una norma orientadora, que no sólo obliga a los legisladores sino a todas las instituciones públicas y privadas; y es una norma de interpretación y de resolución de conflictos.

El carácter general de este principio, permite su aplicación en todas las instituciones en que se ven involucrados menores de edad y tal es su importancia, que, como dice María Dora Martinic “Los mas importantes derechos del cual, el niño es titular, convergen en la satisfacción del Interés Superior del Niño”<sup>47</sup> .

<sup>42</sup> CARNELLUTTI, citado por ENRIQUE ALCALDE RODRÍGUEZ. “Los Principios Generales del Derecho”. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile. Año 2003. Pág. 52.

<sup>43</sup> BETTI, citado por ENRIQUE ALCALDE RODRIGUEZ. Op. Cit. Pág. 55.

<sup>44</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “Familia y Derecho”. Colección Jurídica, Universidad de los Andes, Santiago de Chile. Año 1994. Pág. 143.

<sup>45</sup> POUSSON JACQUELINE Y ALAN citado por MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE. “Interés Superior del Niño”. Gaceta Jurídica. Abril N° 238. Editorial Jurídica Conosur. Año 2000. Pág. 23.

<sup>46</sup> Op. Cit Pág. 23.

Este principio permitió la transformación en la consideración del niño, para pasar de ser, un objeto del derecho (hasta antes de la segunda guerra mundial), hasta ser, considerado como un sujeto de derecho, al consagrar que siempre, ante cualquier decisión que afecte a los derechos fundamentales del menor, se debe velar por su bienestar afectivo económico y espiritual.

Ya directamente sobre la adopción, este principio nos ilustra sobre la naturaleza de la institución (una familia para un niño y no un niño para una familia) y sobre el especial cuidado que debe tener el órgano jurisdiccional, al constituir la adopción. Lo que se obtiene al procurar, que se hayan acreditado las ventajas que ésta significa para el menor y garantizar que tal decisión reporte siempre la satisfacción de sus derechos fundamentales que surgen como persona humana que es <sup>48</sup>.

El fin primordial de la adopción - según Cecilia Grosman, autora Argentina experta en derecho de Familia <sup>49</sup>, - consiste, en la satisfacción de las necesidades fundamentales del menor, mediante un marco familiar adecuado que le ofrezca las condiciones para emprender su desarrollo evolutivo y proteger su bienestar físico y emocional. Este fin se lleva a cabo respetando siempre, los derechos que al menor le asisten y que forman parte de su Interés Superior y que, entre otros, obliga al sentenciador a escuchar la opinión del menor en función de su edad y madurez, que es una manifestación gráfica y concreta del principio en estudio.

#### Manifestación positiva del principio de Interés Superior del Niño:

La Convención de los Derechos del Niño, establece en su artículo 3º, 12º y 21º el interés superior del niño <sup>50</sup>.

Por su parte el Código Civil, en sus artículos N° 222, 225 inciso 3º, 229 inciso 3º, 234 inciso 3º, 240 inciso 2º, 244 inciso 3º, 245 inciso 2º, 268 inciso 2º, 272 inciso 2º, hace referencia al principio de interés superior del niño <sup>51</sup>.

<sup>47</sup> MARTINIC GALETOVIC, MARIA DORA Y OTROS. "Instituciones de derecho de Familia". Editorial Lexis Nexis. Santiago de Chile. 2004. Pág. 212.

<sup>48</sup> Sobre este punto, interesante resulta una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, en la que expresa "Que de los antecedentes que tuvo el señor magistrado a la vista para resolver la colocación del menor, en el expediente Rol N° 3.999 antes citado, de los informes que rolan a fs. 22, 23, 24, 37 y 56 de estos autos, opinión del Sename a fs. 79, se concluye que es claramente beneficioso para la estabilidad emocional, material y espiritual del niño que este sea adoptado, **y siendo el interés del niño el elemento decisivo en estas materias**, resulta acreditado que el menor es susceptible de ser adoptado (C.A. Rancagua. Causa Rol 16.687. 02 de marzo de 2001)

<sup>49</sup> Citada por Maria Dora Martinic. Op. Cit, Pág 213.

<sup>50</sup> **Artículo 3º** "en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior del Niño"; **Artículo 12º** "los estados parte, garantizarán al niño que este en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y madurez."; **Artículo 21** "los estados parte que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidaran que el interés superior del niño, sea su consideración primordial"

c) La Ley N° 19.620, expresa en su artículo 1° que la adopción, debe velar por el interés superior del adoptado. También se refieren a este principio, los artículos N° 3°, 15 inciso 3°, 20 inciso 2°, 24 inciso 1°, y 30 inciso 2°<sup>52</sup>.

El reglamento de la Ley N° 19.620, señala en sus artículos 11 y 12, que debe privilegiarse el interés superior del menor y en tal razón, se debe considerar su máxima realización, personal, espiritual y material<sup>53</sup>.

## **Principio de la subsidiaridad.**

---

Así como el principio del interés superior del niño, representa el principio rector que ilumina la protección de los derechos del niño en todas las esferas de la vida, el principio de la subsidiaridad, es el principio más importante, relativo al estatuto de adopción propiamente tal.

De su nombre podemos ya apreciar, atisbos de su significado. Subsidiario, viene de del latín subsidiaris “que se da o se manda en socorro o subsidio de uno”, aplicada a la acción o responsabilidad que suple o robustece a otra principal<sup>54</sup>.

Es decir, el acto subsidiario siempre opera bajo el haz de uno principal-sustancial, que es el que predomina.

Sobre la materia en estudio, la subsidiariedad se manifiesta en que, es la filiación natural el estado normal y de máxima protección por el ordenamiento jurídico, y la filiación adoptiva sólo procede, en carácter supletorio, de segundo orden, para cuando, no existe

<sup>51</sup> El artículo 222° del Código Civil, prescribe “la preocupación fundamental de los padres es el Interés Superior del hijo, para lo cual, procuraran su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiaran en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

<sup>52</sup> **Artículo 1°** “la adopción tiene por objeto, velar por el interés superior del adoptado y ampara 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 las necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”; **Artículo 3°** “Durante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor en función de su edad y madurez”; **Artículo 15 inciso 3°** “si no se recibe la causa a prueba o si se recibe, en la misma resolución, el juez podrá decretar de oficio las medidas necesarias, para comprobar la veracidad de los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado...”; **Artículo 20 inciso 2°** “el juez por resolución fundada podrá rebajar los límites de edad o la diferencia de años indicada en el inciso anterior”; **Artículo 24 inciso 1°** “...en la misma resolución decretará de oficio las diligencias necesarias para comprobar las ventajas y beneficios que la adopción reporta al menor...”; **Artículo 30 inciso 2°** “con todo el juez podrá acoger a tramitación de adopción de un menor presentada por un matrimonio no residente en Chile, aún cuando, también estén interesados en adoptarlos personas con residencia permanente en el país, si median razones de mayor conveniencia para el interés superior del menor que expondrá fundamentadamente en la misma resolución”.

<sup>53</sup> **Artículo 11°** “Debe privilegiarse el interés del menor, por sobre el de las personas interesadas en adoptar”; **Artículo 12°** “El interés superior del menor, considera su realización personal, espiritual, material, y el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

<sup>54</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Vigésima edición. Editorial Espasa Calpe. Año 1984. Madrid España.

otro remedio.

Mediante este principio se vislumbra, que es la familia de origen (biológica) la llamada a cobijar al menor y a procurarle los cuidados y crianzas que éste necesita. Y se manifiesta en forma absoluta, expresando que las dificultades de carácter económico no ameritan, que el menor se separe de su familia de origen<sup>55</sup>. La excepción de este estado natural de las cosas, la constituye la adopción, la que, sólo procede en casos puntuales, en los que por la naturaleza de las circunstancias y en aras de proteger el interés superior del menor, se debe buscar una familia de acogida para el menor desamparado.

Este principio obliga al legislador y al juez encargado de constituir la adopción, a agotar todos los recursos tendientes a permitir la mantención del menor en su familia de origen.

Orienta asimismo en los casos límite, para poder diferenciar si es una adopción la que procede u otra medida de protección.

La adopción como estatuto, cumple plenamente un carácter subsidiario en el régimen de filiación y orienta este carácter por la carga valórica de nuestra sociedad, que le asigna a la familia biológica un carácter sustantivo que sólo puede ser vulnerado en casos de última ratio.

#### **Manifestación positiva del principio de subsidiaridad.**

La Constitución política de 1980, contempla en sus artículos N° 1 inciso 2° y 19 N° 10, inciso 3°, como principio constitucional, el derecho de los padres de origen a cuidar, criar y educar a sus hijos<sup>56</sup>.

La Convención de los Derechos del Niño, acoge expresamente el principio de subsidiaridad, en los artículos N° 7°, 8°, 9°, 18° y 21°, expresando que los padres tiene el derecho y deber preferente de educar a sus hijos<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Sobre esta materia, la Corte de Apelaciones de Rancagua a fallado, que aunque la madre sea alcohólica y tenga limitantes personales, sociales y económicas, si ha mantenido interés en contactarse y visitar al menor, no procede la susceptibilidad de adopción del menor. Ver pie de página N° 95

<sup>56</sup> **Artículo 1° inciso 2°:** “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”; **Artículo 19 N° 10 inciso 3°:** “los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos, corresponderá al estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”.

<sup>57</sup> **Artículo 7°** “...el niño tendrá derecho, en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”; **Artículo 8°** “los estados partes se comprometen, a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluida la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas”; **Artículo 9°** “los estados partes velarán, porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”; **Artículo 18** “incumbirá a los padres o en su caso a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño”; **Artículo 21** “los estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción, velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada, por las autoridades competentes, las que determinen 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...”.

La ley N° 19.620, también acogió, expresamente el principio de subsidiaridad, en sus artículos 1º, 7º, 9 inciso 2º, 12 N° 2 inciso 2º, 15 inciso 3º, expresando que la adopción, sólo procede, cuando los cuidados tendientes a satisfacer las necesidades del menor, no puedan ser brindados por su familia de origen <sup>58</sup>.

### **Derecho del menor a conocer a sus padres biológicos.**

---

La adopción implica, la existencia de padres adoptivos y biológicos o progenitores que pertenecen a la denominada familia de origen, según la nomenclatura de la ley N° 19.620 (artículo 7º, inciso final). Desde la cultura local, que aún entiende la adopción como una imitación de la naturaleza, apoyada por algunos resabios legales <sup>59</sup>, el menor nunca llega a enterarse del proceso de adopción de que fue objeto, por ende, usualmente no conoce a sus progenitores, ni se interesa por investigar su raíz biológica. Lo anterior, aunado a la corta tradición de adopción que tiene nuestro país, al igual que toda Sudamérica, explica que la discusión sobre el derecho del menor a conocer su origen biológico, cultural y étnico, este aún escasamente desarrollado. El derecho del adoptado a conocer sus progenitores, emana de un principio de corte general, denominado derecho a la identidad, que está integrado por diversos aspectos, pero que en definitiva tiene por objetivo identificar a un individuo y distinguirlo de los demás en base a criterios, biológicos, culturales, territoriales, etc.

La identidad se define como “el conjunto de datos biológicos, de atributos y características que, dentro de la igualdad del género humano, permite distinguir indudablemente a una persona de todas las demás” <sup>60</sup>.

La institución de la adopción, por su naturaleza, manifestada como una decisión judicial de última ratio, para aquellos menores que no tienen una familia de origen que atiendan adecuadamente sus necesidades materiales y espirituales, la mayor de las veces atenta contra la identidad del individuo, entregándole una nueva estructura familiar, nuevos orígenes, y costumbres distintas <sup>61</sup>. De modo tal, que existen dos bienes jurídicos

<sup>58</sup> **Artículo 1º** “la adopción tiene por objeto, velar por el interés superior del adoptado y ampara 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 las necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”; **Artículo 7º** inciso segundo “para estos efectos se entiende por familia de origen los parientes consanguíneos a que se refiere el artículo 14 y a falta de ellos, a quienes tengan bajo su cuidado al menor”; **Artículo 9 número 2º** “el juez comprobará que los padres del menor de edad, no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de aquel; **Artículo 12 número 2 inciso 2º** “no constituye causal suficiente para la declaración judicial respectiva, la falta de recursos económicos para atender al menor”; **Artículo 15 inciso 3º** “si no se recibe la causa a prueba o si se recibe, en la misma resolución el juez podrá decretar de oficio las diligencias necesarias para verificar la veracidad de los hechos y circunstancias, que se invocan para solicitar la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado, en especial, la imposibilidad de disponer de otras mediadas, la permanencia del menor en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él”.

<sup>59</sup> Ver artículo 26 N° 2 de la ley N° 19.620, que faculta al juez, para fijar la fecha de nacimiento del menor adoptado.

<sup>60</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS. Citado por MARTINIC GALETOVIC, MARIA DORA. Op Cit. Pág 201.

que merecen protección y ninguno que predomina claramente, sino que por el contrario deben conjugarse en armonía, de modo tal que el derecho del menor a gozar de una familia que le satisfaga sus carencias, debe impetrarse en equilibrio con el derecho de todo ser humano a conocer a sus progenitores.

Se manifiesta aquí una antinomia muy típica en el derecho de familia donde el legislador, usualmente, evita inclinar su decisión a favor de algunos de los valores comprometidos (el secreto de la adopción y el derecho a la identidad) y por lo cual asumen real importancia, como fuente supletoria de derecho, los principios que informan la materia, para efectos de interpretar, resolver y garantizar la protección de los derechos del menor.

Escasa acogida ha tenido en nuestra legislación la facultad de impetrar las acciones necesarias para conocer la identidad del individuo, incluso durante mucho tiempo este derecho ha sido conculcado expresamente, a saber, en el Código Civil de 1857, Andrés Bello, por inspiración directa de García Goyena, evitó facilitar la libre investigación de paternidad, que es el medio legal para determinar la identidad biológica del individuo en los casos de filiación natural; mas tarde, la ley N° 16.346, relativa a la legitimación adoptiva, instauró el principio del secreto absoluto de la adopción, estableciendo la imposibilidad absoluta del menor de conocer su origen biológico, toda vez, que ordena “la cancelación de la inscripción de nacimiento del legitimado adoptivamente y la destrucción de la ficha individual del menor y de todo otro antecedente que permita su identificación” (artículo 8.1); el secreto de la adopción, también fue acogido por la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de adopción de Menores (Convención de la Paz de 1984), que dispuso en su artículo 7° que “se garantizará el secreto de la adopción cuando correspondiere”; mas tarde la ley 18.703, morigeró el principio del secreto de la adopción, disponiendo que tanto las tramitaciones judiciales y administrativas como la guarda de documentos, serían reservadas, pero otorga el derecho a los solicitantes de adopción a renunciar a la reserva<sup>62</sup> y en cuanto al derecho del menor a conocer a sus padre biológicos, permite que este o sus descendientes legítimos, soliciten copias autorizadas de la sentencia de adopción, lo cual abre el paso, para que los menores eventualmente si llegan a tener conocimiento de su calidad de adoptado, puedan investigar su origen biológico<sup>63</sup>. El cambio determinante se produjo con la celebración de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la que en su artículo 7° expresa que “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y

<sup>61</sup> Nótese que la Corte de Apelaciones de Concepción, conociendo de un recurso de **protección**, dejó sin efecto una resolución dictada por un tribunal inferior, por estimar que ésta amenazaba gravemente el derecho a la integridad física del menor que había sido entregado a un matrimonio extranjero y en consecuencia, lo había expuesto a un cambio de de vida, entre familias de nacionalidades distintas, con distinto idioma y costumbre diferentes, por lo tanto, se ameritaba dejar sin efecto tal resolución (C.A. Concepción. Causa Rol 8.241. 11de julio de 1991. Sin embargo luego, la Corte Suprema revoco el fallo en comento, señalando que es improcedente dejar sin efecto una resolución dictada en un procedimiento de adopción, por medio de un recurso de protección (Corte Suprema. Causa Rol 17.450. 08 de agosto de 1991).

<sup>62</sup> Artículo 35.

<sup>63</sup> Artículo 34.

tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad, y, en la medida de lo posible, **a conocer a sus padres**”, es decir consagra expresamente el derecho a la identidad del menor y en su artículo 8º expresa “Los estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos su nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas”; mas tarde, la Convención de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción, dispuso sobre la materia, en su artículo 30º, que “las autoridades competentes de un estado contratante se aseguraran de que se conserve la información que tengan en su poder relativa al origen del niño, especialmente la relacionada con la identidad de sus padres y el historial médico del niño”; luego la ley N° 19.585 estableció como principio fundamental la libre investigación de la paternidad en nuestra legislación, con lo que se dio paso a la mayor reforma sobre la materia.

Sin embargo en adopción, todavía existen ciertos residuos moralistas que impiden manifestar libremente el derecho del menor a conocer a su familia biológica, aún cuando afortunadamente no existe una presunción de derecho -que impide ejercer el derecho a la identidad- como si ocurre con los hijos de filiación asistida. Estos se manifestaron en la ley de adopción N° 19.620, que acoge el principio de la tramitación reservada, pero expresa que podrá ser renunciada<sup>64</sup>, vulnera expresamente el derecho a la identidad personal, al establecer como facultad del juez, el determinar la fecha de nacimiento del menor<sup>65</sup>. Reconoce, aunque limitadamente el derecho del menor a conocer a su familia de origen, al establecer que cualquier interesado mayor de edad y plenamente capaz que tenga antecedentes que le permitan presumir que fue adoptado, podrá pedir personalmente al Servicio de Registro Civil e Identificación información suficiente para saber si su filiación tiene ese origen. Sin embargo, según doña Dora Martinic Galetovic<sup>66</sup>, esta norma, tendrá poca acogida en nuestra legislación porque de acuerdo al tenor de la misma, es necesario que el menor tenga antecedentes que le hagan presumir su estado de adoptado, lo que en la práctica en muy pocos casos ocurre.

En conclusión el derecho del menor a conocer a su familia, se enmarca dentro del derecho a la identidad del menor, el cual constantemente se ha visto en conflicto con el principio de secreto que ha informado desde siempre la adopción. Luego desde la entrada en vigencia de la Convención de los Derechos del Niño, se reconoce expresamente el derecho del menor a conocer a su padres en la medida de lo posible, lo que importa un esfuerzo que deben realizar los organismos estatales, para conceder al menor la posibilidad de conocer su familia de origen. Este derecho se ve garantizado en la ley N° 19.620 la que expresa el derecho del mayor de edad a investigar su filiación, pero se extraña una norma que obligue a los padres a informar al menor su calidad de adoptado o como sucede en Argentina, que se realice un compromiso de los padres adoptivos en orden a fijar una fecha en que se le comunicará esta situación al menor.

---

<sup>64</sup> Artículo 28.

<sup>65</sup> Artículo 26 N°2.

<sup>66</sup> MARTINIC GALETOVIC, DORA. Op Cit. Pág 205



---

## **Derecho del niño a ser oído y tomado en cuenta en función de su edad y grado de madurez.**

---

La adopción es un proceso complejo que conlleva la pérdida de los nexos con la familia de origen y como antes vimos, una alteración en la identidad personal del menor que es justificada sólo en función de su finalidad. Normalmente toda adopción resulta beneficiosa para el menor que se encuentra en estado de abandono u orfandad, por ende, tanto adoptantes, como adoptados no tienen reparos en otorgar su voluntad para adoptar. Sin embargo, se discute en doctrina, la necesidad del consentimiento para la aprobación de la adopción, cuestión que está íntimamente ligada a la noción de adopción que cada legislación asume, así, en aquellos países en que aún se acoge la noción de adopción contrato, se requiere indispensablemente la voluntad de las partes contratantes, y si el adoptado es menor de edad, por quien tenga a cargo su cuidado o tuición, so pena, de vicio del contrato; en los estados en que se acoge la noción de adopción institución con finalidad proteccional o de amparo, se entiende la adopción como un medio o proceso a través del cual, se le entrega una familia substituta a un menor que carece de ella. Esta figura exige como requisito de la esencia, la declaración previa de la autoridad competente. En función de este cariz, se crea un sistema de declaración previa, en virtud de la cual, se determina cuando un menor requiere el amparo de adopción (en nuestro sistema esta declaración, se funda en la noción de abandono). Ya en la esfera propia de la adopción como institución, no procede hablar de consentimiento, pues no es un contrato el que se celebra, sino más bien, es un acto que autorizado por el órgano judicial favorece al menor. Por tanto en función de aquella finalidad, prima el interés superior del menor, al momento de resolver si el menor es susceptible de ser adoptado y si debe ser acogido por tal o cual adoptante.

Sin embargo este principio general que inspira la adopción (interés superior del menor), reconoce una limitación que corresponde al derecho del niño a ser oído antes de aprobarse cualquier procedimiento de adopción. Esta limitación, surge a propósito del cambio de consideración del menor, desde ser un objeto de derecho, hasta un sujeto hábil y pleno de facultades que ejercer, las que serán determinadas en función de la normativa interna de cada país y las reglas sobre capacidad. El menor tiene derecho a expresar su voluntad, e incluso a que esta voluntad sea vinculante en algunos casos, en orden a aceptar o rechazar un proceso de adopción en su favor<sup>67</sup>. Pero este derecho a su vez, reconoce como límite la edad y principalmente la madurez del menor, porque sólo, en base a su desarrollo intelectual, psicológico y emocional, podrá comprender a cabalidad los alcances de una adopción.

De la distinción antes analizada, podemos sentar como idea matriz, que todo menor tiene derecho a ser oído, es decir, a que en todas las instancias ya sean judiciales o administrativas se procure conocer la voluntad del menor, sin embargo, su voluntad será acogida en función de su edad y grado de madurez equilibrando esta, con el interés

---

<sup>67</sup> La aceptación o rechazo del menor no se ajusta al concepto de consentimiento, pues en casos extremos el juez podría autorizar de igual modo la adopción.

superior del niño que es el principio madre en el cual descansan todos los demás de los cuales el menor es titular y sólo será vinculante, en función de la normativa interna de cada país.

El derecho del menor a ser oído se encuentra plenamente consagrado en la Convención de los Derechos del Niño<sup>68</sup>, la cual obliga a los estados a garantizar la libre expresión del menor y su derecho a ser tomado en cuenta debidamente. La ley N° 19.620 acoge el principio en estudio, al expresar en su artículo 3° inciso primero “que durante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez”. Asimismo la norma en comento expresa que en el caso de los menores adultos, será necesario el consentimiento del menor para que proceda la adopción, aunque luego dispone que el juez podrá proseguir la tramitación del proceso -pese a la negativa del menor adulto- siempre y cuando existan motivos sustentados por el interés superior del niño que lo aconsejen que se expresen en una resolución fundada. Esta facultad del juez, ha originado una dura crítica de la ley N° 19.620, de parte de don Ambrosio Rodríguez Quiroz<sup>69</sup>. La jurisprudencia también a acogido favorablemente este principio, como lo demuestra una sentencia dictada por la corte de Apelaciones de Talca en agosto de 2000, en la cual se otorgó especial importancia a los dichos del menor, para determinar su estado de abandono, que servía de base para la declaración de adopción posterior, expresando lo que sigue “{...su preocupación por la menor, esta acreditada con los dichos de la propia menor ya analizados y en lo económico”<sup>70</sup>. En el mismo orden, la Corte de Apelaciones de Rancagua ha resuelto<sup>71</sup>, la importancia que tienen los dichos del menor en el proceso de susceptibilidad de adopción, al expresar “{...El interés superior del adoptado, no sólo se puede reconstruir a través del ministerio social que las instituciones a cargo de velar por sus derechos puedan expresar, sino que también y de un modo principal –cuando ello es posible- a través del propio parecer del menor (artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 36 de la ley N° 16.618) que, en el caso sub-lite como se ha dicho, resulta categórico...”

De lo expresado se desprende que el derecho del menor a ser oído se encuentra plenamente instaurado en nuestra legislación nacional e internacional, como así también, el derecho a que su opinión sea tomada en cuenta en ciertas circunstancias previamente determinadas por la ley, sin embargo, este derecho se verá fuertemente protegido mediante la instauración de los tribunales de familia, que comienzan a funcionar en

<sup>68</sup> **Artículo 12°** “1.- Los estados parte garantizaran al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y la madurez del niño. 2.- Con tal fin se dará en particular al niño, la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”

<sup>69</sup> Ver pagina 146 y siguientes.

<sup>70</sup> Corte de Apelaciones de Talca. Rol 419. “Ramírez y otra con Avendaño”. 2 de agosto de 2000.

<sup>71</sup> Corte de Apelaciones de Rancagua. Rol 18.724. “Servicio Nacional de menores con Luís González Gálvez. 24 de julio de 2002.

octubre de 2005, por cuanto, aquella normativa conlleva como principio fundamental, la intermediación, en virtud de la cual, nunca más una adopción será vista y resuelta por algún funcionario o un iletrado, sino que, por el juez de familia, que por exigencia legal deberá tener conocimientos en derecho y en psicología, con lo cual, se resguarda fielmente el derecho del menor a ser oído y que su voluntad prime en ciertas circunstancias.

## Personas que pueden adoptar

Entre las personas legitimadas para solicitar la adopción, la ley distingue entre:

- a) Cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país.
- b) Personas solteras, divorciadas o viudas chilenas, con residencia permanente en el país.
- c) Cónyuges nacionales o extranjeros, sin residencia en el país.

### **A.- Matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en el país.**

Los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país con mas de 2 años de matrimonio, que sean mayores de 25 años, y menores de 60, con una diferencia de 20 años o más con el adoptado y que cumplan con los requisitos comunes relativos a los adoptantes, pueden participar como interesados en la adopción de un menor de edad.

#### **Requisitos:**

**1.- Los cónyuges sean chilenos o extranjeros deben tener residencia permanente.** Para esto, basta acreditar el acto del matrimonio conforme a las disposiciones que reglan la materia, además deben obrar los cónyuges de consuno. En el caso de cónyuges extranjeros se debe tener presente que el matrimonio celebrado en un país extranjero tendrá pleno valor en nuestra legislación siempre y cuando se conforme con lo dispuesto en el artículo 102 del Código Civil<sup>72</sup> y sobre la residencia permanente, basta con que el matrimonio extranjero acredite con el certificado correspondiente que se le concedió la residencia definitiva en el país.

**2.- Tener a lo menos 2 años de matrimonio.** Esto se acredita mediante los certificados de matrimonio correspondiente. Este requisito, no procede cuando uno o ambos de los cónyuges sufre de infertilidad.

**3.- Ser mayor de 25 años y menor de 60 años y tener más de 20 años de diferencia con el menor.** Este requisito no es absoluto, toda vez, que el Juez en uso de su facultad discrecional y siempre que mire al interés superior del menor, podrá rebajar los límites y la diferencia de edad requeridos, mediante una resolución fundada, aunque tal rebaja podrá hacerse efectiva sólo hasta por un máximo de cinco años. No procede la limitación de edad, ni la diferencia, cuando uno de los adoptantes sea pariente consanguíneo del adoptado.

<sup>72</sup> RAMOS PAZOS, RENÉ. Op. Cit página 64.

**4.- Que Cumplan con los requisitos comunes de todo adoptante.** Es decir, que hayan obtenido un certificado de idoneidad emitido por el SENAME o un organismo acreditado por éste, en el cual, se acredite, la idoneidad física, mental, psicológica y moral de los interesados, para ser futuros adoptantes. Asimismo, en este se certifica, que los solicitantes y el menor, figuran en el registro de adoptantes que debe llevar el SENAME conforme a lo prescrito en el artículo 5° de la Ley.

**B.- Personas solteras, viudas o divorciadas:**

La Ley admite que puedan adoptar personas solteras, viudas y divorciadas, sólo cuando no existen matrimonios interesados en adoptar. Las normas anteriores, tanto la Ley N° 16.346 sobre legitimación adoptiva y la ley N° 18.703 sobre adopción plena, sólo permitían la adopción por matrimonios y en ningún caso por personas solteras, salvo la ley N° 7.613. Además, permite que se efectúe la adopción por personas viudas, pero sobre los cuales, existe una distinción: se permite al viudo actuar en forma particular al igual que el soltero, y el divorciado, pero estará sujeto a la limitación de que no existan cónyuges interesados en la adopción. También, se contempla la adopción solicitada por un viudo (a) en la cual se pruebe, que el cónyuge difunto, tenía intención de adoptar en vida; esta figura no es nueva en nuestra legislación, ya la contemplaban las leyes sobre adopción existentes a la fecha de la dictación de la ley N° 19.620<sup>73</sup>. Para estos casos, se contempla una limitación a la prueba, que en la nueva ley se manifiesta, exigiendo que la voluntad del cónyuge se haya expresado en instrumento público, por testamento o por un conjunto de testimonios fidedignos que lo establezcan de un modo irrefragable y no bastará la sola prueba de testigos (artículo 22 ley 19.620). En estos casos la adopción se entenderá hecha por ambos cónyuges, por lo tanto, será una adopción matrimonial por ficción legal.

La adopción realizada por personas solteras, viudas o divorciadas, contiene una serie de requisitos para que proceda.

**Requisitos.**

**1.- Residencia permanente.** Sólo podrán adoptar, cuando no existan cónyuges chilenos o extranjeros con residencia permanente en el país, interesados en adoptar.

**2.- Adoptante chileno.** Sólo pueden adoptar personas solteras, viudas o divorciadas chilenas, es decir, hace una diferencia entre chilenos y extranjeros, no obstante, lo dispuesto en el artículo 57 del Código Civil<sup>74</sup>.

**3.- Con residencia permanente en el país.**

<sup>73</sup> La ley N° 18.703, según lo prescrito en su artículo 22, permitió que la adopción plena, la concediera al viudo o viuda, que hubiere iniciado los trámites de adopción en vida de ambos cónyuges; también cuando se iniciaren los trámites antes de vencer un año, desde la muerte del cónyuge, siempre y cuando, se acreditará mediante instrumento público o testimonio fidedigno, la voluntad del cónyuge difunto para adoptar. Asimismo, de acuerdo al artículo 23 de la citada ley, se permitía que los cónyuges cuyo matrimonio hubiere sido disuelto, pudieran otorgar el beneficio de la adopción plena, siempre y cuando existiera el acuerdo de ambos y del actual cónyuge, si ellos estuvieren ligados en nuevo matrimonio.

<sup>74</sup> RAMOS PAZOS, RENÉ. Op. Cit. Pág. 473.

**4.- Idóneos.** Que se haya sometido a la evaluación de idoneidad física, mental, psicológica y moral.

**5.- Edad.** Que sea mayor de 25 años, menor de 60 y que tenga más de 20 años de diferencia con el adoptado.

**6.- Que hubiere participado en el programa de adopción conforme lo dispone el artículo 6° de la Ley.**

Cabe advertir que no puede el juez soslayar los límites de edad o la diferencia de edad entre el adoptante, viudo, soltero o divorciado, con el menor adoptado, toda vez, que aquella es una norma de excepción, que sólo se aplica para los matrimonios interesados en adoptar.

Cuando concurren varios interesados solteros o viudos o divorciados que estén interesados en adoptar al mismo menor y que reúnan iguales condiciones, el juez preferirá a aquel que sea pariente consanguíneo del menor y en su defecto, a quien tenga su cuidado personal. Lo anterior es criticado por René Ramos Pazos, quien manifiesta que la regla de preferencia debiera ser exactamente la contraria <sup>75</sup>

#### **C.- Cónyuges chilenos o extranjeros sin residencia permanente en el país.**

El tercer grupo de sujetos legitimados para solicitar la adopción de un menor en Chile conforme a las reglas de la Ley N° 19.620, lo constituyen los matrimonios de chilenos o extranjeros que no tengan residencia permanente en el país, es decir, la constitución de la adopción internacional, la cual, por primera vez es regulada en forma integral por la normativa chilena.

#### **Requisitos:**

**1.- Matrimonio.** Estar casados con dos o más años de matrimonio. Esta exigencia no se aplica, en caso que uno de los cónyuges este afectado de infertilidad (artículo 31 ley N° 19.620) .

**2.- Edad.** Mayores de 25 años, menores de 60 años, con 20 o más años de diferencia con el menor. Esta regla no se aplica en caso que uno de los solicitantes, sea ascendiente consanguíneo del menor. Cabe anotar que el Juez carece de la facultad de rebajar los límites de edad, la cual si se permite para los cónyuges con residencia permanente (artículo 31 ley N° 19.620).

**3.- Idoneidad.** Haber sido evaluado tanto como física, mental psicológica y moralmente idóneos.

**4.- Cumplimiento de normas internacionales.** Cumplir con las convenciones y convenios internacionales que regulen la materia, que hayan sido ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Se refiere específicamente, a la Convención de la O.N.U. sobre los Derechos del Niño, y la Convención de la Haya sobre Protección de la Infancia y Cooperación en materia de Adopción (artículo 29 ley N° 19.620).

**5.- Orden de prelación.** Sólo podrán iniciar los trámites de adopción, cuando no existan matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile

<sup>75</sup> IBID. Pág. 473

interesados en adoptar al menor, no obstante, por resolución fundada, podrá el juez admitir a tramitación la solicitud realizada por un matrimonio sin residencia en Chile, aún cuando, existan otros matrimonios con residencia permanente, si median razones de mayor conveniencia para el interés superior del menor (artículo 30, inciso 2º, ley N° 19.620).

**6.- Antecedentes.** Deberán acompañar una serie de antecedentes (artículo 32 ley 19.620) debidamente autorizados, autenticados, legalizados según corresponda y traducidos al castellano, al momento de presentar la solicitud de adopción, entre los cuales se mencionan, sólo a modo ejemplar:

Certificado nacimiento solicitantes;

Certificado matrimonio solicitantes;

Informe social;

Antecedentes que acrediten la capacidad económica de los solicitantes;

etc.

## Personas que pueden ser adoptadas.

La Ley 19.620, ha sido más prolija que las leyes anteriores para referirse a las personas que puedan ser sujetos de un proceso de adopción, establece una triple clasificación, entre personas o sujetos que pueden ser adoptados.

A) Menores que han sido entregados por sus padres para la adopción.

B) Menores que son descendientes consanguíneos de uno de los adoptantes.

C) Menores declarados judicialmente como susceptibles de ser adoptados, entre lo que se encuentran los menores abandonados, en desprotección y sin filiación determinada.

**A.- Menores que han sido entregados por sus padres para ser adoptados.** (falta de capacidad o condiciones)

El primer grupo de menores que puede ser sujeto de adopción está constituido, por aquellos menores, cuyos padres han manifestado su voluntad de entregarlos en adopción, ante el juez competente, cuando, no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente del menor.

### Requisitos.

**1.- Falta de capacidad.** Se debe acreditar, que los padres no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente del menor, pudiendo el juez requerir los informes que estime conveniente al efecto.

**2.- Debido proceso.** Sí solo uno de los padres ha manifestado la intención de entregar al menor en adopción, deberá el juez citar al otro padre para que concurra al Tribunal y manifieste su voluntad de entregar al menor en adopción, o exprese su

oposición.

**4.- Obligación de recibir informe de SENAME, y en algunos casos esta institución, debe patrocinar la gestión.** El juez deberá oír al SENAME, cuando la gestión no haya sido patrocinada por ellos o por un organismo acreditado. Deberá ser patrocinada obligadamente por el SENAME o una entidad acreditada, en los casos de adopción prenatal.

#### **Adopción prenatal.-**

La nueva ley de adopción, permite que la manifestación de entrega del menor en adopción, se inicie por la madre, antes del nacimiento del menor, pero debe esta causa, debe ser patrocinada obligadamente, por el SENAME o una institución acreditada. Exige asimismo, que la madre ratifique la voluntad de entregar el menor en adopción dentro del plazo de 30 días desde que se produce el parto, so pena, de tenerse por desistida la decisión de entrega.

De manifestarse la voluntad de entrega del menor, deberán efectuarse los trámites que correspondan, quedando pendiente sólo la ratificación para dictar sentencia. Queda la duda sobre cuáles son los trámites que corresponden, ya que no se especifican, pero se ha entendido que debe el tribunal solicitar los informes que permitan acreditar que la madre no se encuentra en condiciones o en capacidad de hacerse cargo responsablemente del menor.

La decisión del legislador de acoger la solicitud de entrega del menor antes de su nacimiento, ha sido objeto de duras críticas, e incluso, es rechazada por la Convención de la Haya <sup>76</sup> y algunas legislaciones como la Argentina <sup>77</sup>, sin embargo se justifica su existencia, señalando que obedece a evitar el aborto y el abandono de menores cuya tasa en Chile es aún, elevada.

#### **B.- Menores que sean descendientes, consanguíneo de uno de los adoptantes.**

En este segundo orden se encuentran incluidos menores que pueden ser objeto de adopción, aquellos:

**1.- Menores que han sido reconocido por uno sólo de sus progenitores.** Ya sea el padre o la madre, el cual desea iniciar el trámite de la adopción. En este caso la ley establece que se aplicará directamente el procedimiento de adopción consagrado en el título tercero.

Asiste la duda en determinar a que se refiere la ley cuando dice que se aplicará

<sup>76</sup> Según lo dispuesto en el artículo 4º, letra c N° 4, de la Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, una adopción se llevará dentro del ámbito de aplicación de la convención, cuando se aseguren, las autoridades competentes- que el consentimiento de la madre, sea otorgado después de él nacimiento del niño, es decir, niega rotundamente la procedencia de la adopción prenatal.

<sup>77</sup> De acuerdo al artículo 317 del Código Civil Argentino (modificado por la ley N° 24.779), el juez, deberá citar a los progenitores, para que consientan en el otorgamiento de la guarda del menor (que es un requisito previo a la adopción), dentro del plazo de 60 días posteriores a su nacimiento. De lo anterior, se infiere, que no es posible iniciar los trámites de la adopción, mientras el menor tenga la calidad de no-nato.

directamente el título tercero, la doctrina ha estimado que la norma quiere decir, que se debe aplicar el mismo procedimiento como si se realizará la adopción normal del menor, en ésta quedarán consignados como padre y madre, el que haya reconocido al menor, conjuntamente con su nuevo cónyuge.<sup>78</sup> En éste caso, por ser uno de los solicitantes el padre o la madre del menor, la ley no exige que se realice un trámite previo y permite derechamente realizar el proceso de adopción.

**2.- Menores que han sido reconocidos por ambos padres y/o que son hijos de filiación matrimonial.** Pueden ser sujeto de adopción, siempre y cuando se otorgue el consentimiento por el padre o la madre no adoptante. Esta figura esta destinada para aquellos casos, en que los padres biológicos del menor una vez separados legalmente (en el caso de existir matrimonio), crean una familia nueva y ésta luego, desea adoptar al hijo de la anterior relación<sup>79</sup>. A parte del consentimiento, la ley dispone que se aplicara en lo que corresponda, el artículo 9º relativo a la obligación del juez, de citar al padre no adoptante.

**3.- Menores que son descendientes consanguíneos, de uno de los adoptantes pueden ser sujetos de adopción.** La ley hace extensible la figura a los otros ascendientes consanguíneos de los padres. Pero regula de un modo deficiente la materia, al quedar la incógnita de si, los solicitantes ascendientes del menor pueden iniciar inmediatamente el procedimiento de adopción del título III o si el juez debe citar al padre o a la madre que hayan reconocido al menor, o mayor aún ¿procede aún cuando ambos padres hayan reconocido y se encuentren los dos vivos?<sup>80, 81</sup>.

La ley contempla la posibilidad, que el cónyuge o alguno de los ascendientes consanguíneos del menor citado para prestar su consentimiento, deduzca oposición a la adopción solicitada. Si deducida oposición o cuando se entienda faltar el otro padre o madre, es decir, siendo citado, este no asiste, el juez deberá resolver si el menor es susceptible de ser adoptado conforme a las reglas del artículo 12 y siguientes de la Ley N° 19.620.

### **C.- Menores judicialmente declarados como susceptibles de ser adoptados.**

Sin duda esta es la causal de mayor relevancia, y de la cual emanan mayor cantidad de menores legitimados para ser futuros adoptados. En ésta se manifiesta la finalidad de la ley, que es la entrega de una familia a un menor que originalmente no la posee y que le permite gozar del derecho de vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades materiales y

<sup>78</sup> Se desprende, que deben estar casados, porque sólo se permite la adopción conjunta cuando es solicitada por un matrimonio.

<sup>79</sup> Necesariamente debe ser un matrimonio disuelto, por nulidad o divorcio.

<sup>80</sup> Sobre este tema, la opinión de la magistrado doña Alba Llanos Melussa, Jueza Titular del Juzgado de Letras de Menores de San Bernardo, es categórica, estando los padres vivos no procede la adopción por parte de los abuelos. Entrevista personal 2 de diciembre de 2004.

<sup>81</sup> Sobre este punto, la legislación argentina, es perentoria en prohibir la adopción de descendientes, artículo 315 letra b, Código Civil Argentino.



espirituales.

Los menores que son declarados judicialmente como susceptibles de ser adoptados, son aquellos que en la antigua normativa se les denominaba abandonados y que con el objeto de evitar la estigmatización social y psicológica del menor, fue reemplazado por la actual, declaración judicial de susceptibilidad.

Esta causal contempla variados casos, pero en todos ellos podemos encontrar como raíz común, menores en estado de desprotección, falta de cuidado, abandono u orfandad.

#### **Causales de declaración de susceptibilidad de adopción:**

La ley entrega competencia al Juez de Letras de Menores, para declarar la susceptibilidad de adopción, pero a partir del 01 de octubre de 2005 será el Juez de Familia quien goce de tal atribución. Tal declaración la debe emitir cuando previamente se haya acreditado fehacientemente, alguna de las siguientes situaciones:

**Inhabilidad física o moral de los padres.** El padre, madre o a quienes se haya confiado el cuidado del menor y que se encuentre inhabilitado física o moralmente para ejercer el cuidado personal en conformidad al artículo 226 del Código Civil.<sup>82</sup>

**Abandono.** Los padres quienes tienen al cuidado el menor y no prestan atención personal o económica durante el plazo que determine la ley.

Regla general: 6 meses.

Menos de dos años: 3 meses.

Menos de seis meses: 45 días.

**Entrega y abandono.** Los padres que entregan al menor a una institución o a un tercero con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales. Se presume este ánimo cuando el cuidado del menor en manos de esta institución o del tercero, no obedece a una causa justificada; como asimismo cuando los padres no visiten a menor durante el plazo que la ley se encarga de señalar.

## **El abandono de menor como presupuesto de la adopción.**

### **Nociones preliminares.**

Dentro de los actos que afectan directamente la estabilidad física y emocional del

<sup>82</sup> Sobre esta causal, se ha declarado que existe una falta de regulación normativa, porque la Ley se remite al artículo 226 del Código Civil, el cual a su vez está reglamentado por el artículo 42 de la Ley 16.618, el que señala a modo ejemplar seis casos de inhabilidad física o moral que pueden afectar a los padres y además, una causal genérica que atenta contra el principio de subsidiariedad que informa la adopción. Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol 1571 "Avendaño con Cuellar". 24 de octubre de 2001.

niño, se encuentra el abandono. El que, se manifiesta en la extensa estadística de menores mendigos, vagos, dedicados a la prostitución, y al trabajo infantil. Todos estas males de la sociedad, encuentran su raíz en el estado de abandono en que se encuentran estos menores, abandono que no sólo consiste en la falta de atención física y económica de los padres, tutores o guardadores (representantes legales), sino que en muchos casos, se manifiesta de un modo silencioso y por ende, más destructivo, me refiero al abandono afectivo, emocional, a la falta de afectos, cuidados y cariño, que todo ser humano y especialmente los niños tienen derecho a recibir. El derecho de cuidado, crianza y desarrollo del menor, se encuentra radicado por disposición constitucional, en sus padres, pero éste poder-deber, reconoce como límite, el Interés Superior del Menor, el cual, se sobrepone a los derechos de los padres y obliga a los estados a velar, por que los derechos fundamentales, de que los menores son titulares en su calidad de persona humana, no sean violados, o perturbados, a pretexto, de no tener los padres o quienes tengan el cuidado del menor, la capacidad o madurez suficiente, para llevar adelante una tarea tan elogiada, como lo es, el ser padres -en el sentido holístico del término-. Padres que en casos extremos, mantienen a sus hijos, en un estado de abandono, que altera gravemente el normal desarrollo físico y psíquico del menor.

#### Concepto del abandono

En la búsqueda etimológica del concepto del abandono, nos remitimos al verbo abandonar, que proviene del francés “abandonner” y éste a su vez, del término germano Bann que refiere orden de castigo,<sup>83</sup> asimismo designa, dejar, desamparar a una persona o cosa. Por su parte también, se asigna como el origen del término, la raíz, Abandon, palabra compuesta, originada de la locución a, bandon,; bandon, antiguo vocablo jurídico que significa poder; deriva del germánico Banda, estandarte, signo de autoridad.

Concepto, que en su sentido más apropiado a nuestras aspiraciones, consiste en la acción de dejar en abandono, a personas a quienes tiene la obligación de prestar socorro, o a un niño o a un incapaz que no se halla en situación de valerse asimismo<sup>84</sup>.

De la etimología del concepto, podemos ir configurando ya, nuestra noción de abandono, por de pronto, sabemos que como característica principal, conlleva la idea de castigo o diezmo, el que se lleva a cabo mediante, el desamparo, es decir, dejar sin amparo, protección, ayuda, socorro, favor o ayuda a quien lo pide o necesita<sup>85</sup>.

El sentido del término, al que se dirige nuestro estudio, debe abordar una caracterización íntegra del concepto, pero que se ajuste a la naturaleza propia de la adopción, como figura jurídica de análisis. Desde este prisma, hay que prevenir que el término abandono es acogido en variadas instituciones del derecho y especialmente del derecho de familia, a saber, existe el abandono de familia que designa, el incumplimiento voluntario y malicioso del deber impuesto al cónyuge, de realizar las prestaciones

---

<sup>83</sup> ENCICLOPEDIA UNIVERSAL SOPENA. “Diccionario ilustrado de la lengua española”. Editorial Ramon Sopena, S.A. Madrid España. Año 1984. Pág 34, Tomo I.

<sup>84</sup> CAPITANT HENRI. Op.Cit. Pag 1 y 2.

<sup>85</sup> ENCICLOPEDIA UNIVERSAL SOPENA. Op. Cit. Pág 3.504, TomoV.

necesarias para el sostenimiento del hogar. Como también el abandono de hogar, que se constituye –dentro de las instituciones más modernas de nuestro país- como causal de divorcio, y por su parte, el Código Penal tipifica como delito el abandono de menores.

Por cierto, difícil resulta delimitar el concepto de abandono, necesariamente debemos, en algún momento derivar a la fórmula legal que la ha consagrado. La que ha sido pobre y sin un orden institucional del abandono, como acción amplia que produzca efectos en todas las instituciones del derecho de familia, para que sea regulada en forma única en nuestro sistema.

#### **Concepto doctrinal**

La falta de un concepto integral del término, fue resuelta por la doctrina trasandina, la que, reunida en la Asociación de Magistrados de la Judicatura de Menores, en su tercer encuentro (Colón 1982) entregó un concepto de abandono: “Toda situación de carencia que afecta la formación integral del menor desde el punto de vista material, psíquico o moral, por ejercicio defectuoso o abusivo de la autoridad paterna o por no estar el niño sometido a ella”<sup>86</sup>.

#### **Concepto legal.**

En nuestra legislación, el abandono, recién apareció con la ley N° 16.346, sobre legitimación adoptiva, la que, no expresa que se entiende por abandono, pero entrega una fórmula de presunciones que permite determinar cuando un menor se encuentra abandonado, diciendo, que “Para los efectos de esta ley, se presumirán abandonados, los hijos que no hayan sido atendidos personal ni económicamente por sus padres, durante los plazos mínimos de dos y cuatro años, respectivamente señalados en el artículo 2°”<sup>87</sup>.

Posteriormente, fue acogido también por la ley N° 18.703 sobre adopción, que nos entrega la denominación clásica del abandono, diciendo que “Para los efectos de esta ley, se entenderá por abandono, la exposición o desamparo permanente de un menor, dejándole en situación de subsistir sólo auxiliado por terceros”<sup>88</sup>. Se entenderán también abandonados, los menores que, no obstante, estar legalmente bajo el cuidado de sus padres u otras personas, no hayan sido objeto de atención personal, afectiva ni económica por parte de ellos durante un año. Si el menor tuviere una edad inferior a dos años, este plazo será de seis meses. Igualmente se entenderán abandonados los menores que estén a cargo de instituciones públicas o privadas de protección menores, cuando hubieren sido entregados a éstas por sus padres, o por los responsables de ellos, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales sobre el menor, sin perjuicio, de la responsabilidad que por el abandono pudiere haberles en conformidad a

<sup>86</sup> Citado por Irma Bavestrello Bonta, en, “Derecho de menores”. Segunda edición. Editorial Lexis nexis, Santiago de Chile. Mayo 2003. Pág 25.

<sup>87</sup> Artículo 3° inciso 2° de la ley N° 16.346.-

<sup>88</sup> La exposición, es la forma más típica del abandono, implica dejar al menor en la situación de expósito o de enfant trouvé como dicen los franceses.

las reglas generales. Se presumirán abandonados, aquellos menores cuya tuición se hubiere entregado judicialmente a terceros distintos de los padres y ésta hubiere durado a lo menos un año o seis meses, si el menor tuviera una edad inferior a dos años”<sup>89</sup>.

Por último, la ley N° 19.620, eliminó la denominación de abandono o niño abandonado, para evitar el daño emocional, originado por el estigma del menor de ser tratado, ante la sociedad, como un ser despreciado y en su defecto acogió, la declaración de susceptibilidad de adopción, que contempla entre sus hipótesis el abandono de menor, expresando que los padres o a quienes se les haya confiado el cuidado del menor, incurrir en abandono del menor, que amerita su declaración de susceptibilidad de adopción cuando “No les proporcionen atención personal, afectiva o económica, durante el plazo de cuatro meses. Si el menor tuviere una edad inferior a un año, este plazo será de 30 días”<sup>90</sup>.

También, podrán ser declarados susceptibles de ser adoptados, aquellos menores cuyos padres o los encargados de su cuidado “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. Se presume ese ánimo, cuando la mantención del menor a cargo de la institución o del tercero no obedezca a una causa justificada, que la haga más conveniente para los intereses del menor que el ejercicio del cuidado personal por el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado. Se presume asimismo, cuando dichas personas no visiten al menor, por lo menos una vez, durante cada uno de los plazos señalados en el número precedente, salvo causa justificada. Para este efecto, las visitas quedarán registradas en la institución”<sup>91</sup>.

Asimismo se entiende que el abandono en la vía o en lugares abiertos, constituye causal de declaración de susceptibilidad, al decir, “Los casos de abandono del menor en la vía pública, en lugar solitario o en un recinto hospitalario, se entenderán comprendidos dentro de la causal de este número. En dichos casos se presumirá el ánimo de entregar al menor en adopción por la sola circunstancia del abandono”<sup>92</sup>.

### **Concepto jurisprudencial.**

Los tribunales de justicia han complementado. Aunque escasamente, las normas positivas que regulan la materia, caracterizando el concepto de abandono, colocando énfasis en sus elementos. Las más representativas demostraciones judiciales al efecto, son las que siguen:

“Un padre incurre en abandono, cuando se desentiende del cumplimiento de sus funciones, aún, en el caso en que el hijo sea atendido por el progenitor o por terceros o entregado a instituciones de protección de menores públicas o privadas, por sus propios padres”<sup>93</sup>

<sup>89</sup> Artículo 25, ley N° 18.703.

<sup>90</sup> Artículo 12 N° 2 de la ley N° 19.620.-

<sup>91</sup> Artículo 12 N° 3 de la ley N° 19.620.-

<sup>92</sup> Artículo 12 N° 3 inciso final.-

“Debe entenderse que el abandono debe ser la ausencia total de preocupación de sus guardadores, padres o personas que pudieran alegar derechos respecto de los menores, o sea, una demostración plena de falta de interés y afecto por ellos”<sup>94</sup>.

“Que por su parte, la madre del menor, reconociendo su alcoholismo y sus precarias condiciones de vida, nunca ha expresado su voluntad de entregarlo en adopción, según consta a fojas 2, 8, 9, 11, 17, 26, 27 y 42. Si ha quedado de manifiesto su permanente interés en contactarse con él, lo que demuestra un vínculo emocional que no sufrió deterioro, pese a todas sus limitantes personales, sociales y económicas que reconoce; .. Por estos fundamentos y los dispuesto en los artículos 8 y siguientes de la ley N° 19.620, se revoca la sentencia apelada de fecha 13 de febrero del año en curso, escrita a fojas 65 a 68, y en su lugar se declara: I.- que el menor Jonathan Alexis Barra del Valle, no es susceptible de ser adoptado”<sup>95</sup>.

Aunque no ya sobre abandono, como requisito de la adopción, sino como aquel, que amerita solicitar la emancipación judicial, se ha fallado que la existencia de numerosas ordenes de apremio, que tienen por fin, obtener el pago de pensiones alimenticias decretadas judicialmente, justifica la circunstancia del abandono del menor por parte del padre<sup>96</sup>.

Tratamiento del abandono en nuestra legislación.

En nuestra legislación positiva, se concibe, sólo en forma asilada el abandono, siendo la mejor regulación al respecto, la que entrega la ley de adopción N° 19.620, a modo ejemplar, se regula el abandono en las siguientes instituciones:

#### **-Código Civil**

Artículo 225, que constituye un caso de abandono por falta de atención económica y que trae como consecuencia, la pérdida del derecho del padre o la madre, que no haya contribuido en la mantención del menor pudiendo hacerlo, para que el Juez, le entregue el cuidado personal de los menores<sup>97</sup>.

Artículo 238, que priva a los padres que hubieren abandonado a sus hijos, de los derechos que contempla, como, el derecho de deber y respeto de los hijos hacia los padres, derecho de ser cuidado por sus hijos en la ancianidad, el derecho a tener el cuidado personal de los hijos( tuición), el derecho a tener una relación directa y regular con sus hijos, etc.

Artículo 267 Contempla como causal, para solicitar la emancipación judicial, el haber

<sup>93</sup> Juzgado de Letras Curanilahue. 20 de abril de 1993. R.D.J.. Tomo XC, sección I, Pág 52 y ss.

<sup>94</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20 de octubre de 1988, RDJ, tomo LXXXV secc. II, Pág 97.

<sup>95</sup> Corte de Apelaciones de Rancagua. Causa rol 21.515. Centro de Protección de Menores de Quinta Til Coco con Mirta del Carmen del Valle Arce. 23 de junio de 2004.

<sup>96</sup> Corte Suprema. 28 de mayo de 1988. RFM N°318, Pág 179.

<sup>97</sup> Ejemplo citado por Irma Bavestrello Bontá. Op. Cit. Pág 26.

sido el menor abandonado por su padre o madre, salvo que corresponda ejercer la patria potestad al otro padre.

**-Ley N° 19.947.-**

Artículo 54, que contempla como causal de divorcio- sanción, la violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común. Expresando que el abandono continuo o reiterado del hogar común constituye una transgresión grave de los deberes del matrimonio.

Artículo 55 inciso 3°, que impide la solicitud del divorcio unilateral, cuando el padre o la madre solicitante, haya incumplido reiteradamente su obligación de alimentos respecto del cónyuge y los hijos.

**Abandono en el derecho penal.**

Delito de abandono de menores:

En nuestra legislación se castiga esta conducta, basado en el peligro abstracto que la ley presume, en este caso el hecho de abandono de menores es agravante de penalidad.

Todas las disposiciones giran en torno al abandono, definido por Irureta Goyena<sup>98</sup> como "dejar librado a un menor, interrumpiendo la guarda que impone la ley, antes de que dicha guarda haya sido sustituida por la de otra persona".

En nuestra legislación, no se hace mención a la institución jurídica de la guarda, bastando solo la edad del abandonado y el hecho del abandono para que se configure el tipo, entonces, podría definirse, como "dejar librado a sus propios recursos a un niño que se encuentra al cuidado de hecho o de derecho de quien lo deja<sup>99</sup>".

El abandono tiene como característica fundamental, el desamparo que a consecuencia de él se produce, entonces, el desamparo es una situación en que el niño no está en condiciones de protegerse, por sí solo, contra un peligro que eventualmente puede amenazar su vida, integridad corporal o salud.

El abandono no supone necesariamente la soledad del sujeto pasivo, pero sí su separación material del abandonante. Por ello no se incluye en este delito el abandono moral.

Este delito no debe confundirse con el "abandono de hijo" a que se refiere el artículo 267 del Código Civil y el "abandono de familia" de la Ley N° 14.908, en estos dos casos el legislador se refiere al incumplimiento de una obligación.

El abandono de niños reviste 2 variedades atendiendo al lugar:

Abandono en lugar solitario.

La doctrina lo interpreta como "el lugar donde el socorro no es probable al momento

---

<sup>98</sup> Citado por ETCHEVERRY ALFREDO. "Derecho penal parte especial". Editorial Jurídica de Chile. Tercera Impresión. Santiago de Chile. 2001. Pag. 12.

<sup>99</sup> ETCHEVERRY ALFREDO. Op. Cit. Pág 13.

del abandono".

El sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona que debe tener al niño bajo su cuidado o poder de hecho (artículo 349 del Código Penal).

Además si tiene al menor bajo su cuidado o poder de derecho (padre o guardador), la penalidad resulta agravada (artículo 350 del Código Penal).

El sujeto pasivo debe ser un niño menor de 10 años de edad (artículo 349 del Código Penal).

Aquí por ejemplo en esta disposición podemos ver diferencias en derecho civil con derecho penal, por la independencia que existe entre ambas ramas. En el Código Civil infante o niño es quien no ha cumplido los 7 años de edad según dispone el artículo 26 del Código Civil.

Se advierte el carácter de delito abstracto, por debajo de dicho límite de edad, la ley presume el riesgo por el solo hecho del abandono, independiente de las características y aptitudes personales y particulares del niño.

Abandono en lugar no solitario.

Se define a contrario sensu de lugar solitario, como aquel en el cual el socorro es probable en el momento del abandono.

Sujeto pasivo del delito es el niño menor de 7 años de edad (artículo 346 del Código Penal).

El sujeto activo puede ser una persona que tenga bajo su cuidado al niño (artículo 346 del Código Penal), si tal es el caso, la pena será agravada cuando resulten lesiones graves o la muerte del niño (artículo 348 del Código Penal).

Además, los sujetos activos del delito pueden ser también los padres o quienes tienen al niño a su cuidado. En este caso la ley distingue entre dos situaciones:

El abandonante reside a menos de 5 kilómetros de un pueblo o lugar en que exista una casa de expósitos.

Reside a más de 5 kilómetros de dicho lugar.

En el 1º caso la pena es más grave, ya que según la comisión redactora, la culpabilidad aumenta mientras mayores son las facilidades para evitar el abandono.

Pero si resulta la muerte o lesiones graves, la penalidad será más elevada sin importar la mayor o menor distancia entre la residencia del abandonante y el pueblo o lugar en que hubiere casa de expósitos.

El abandono en la adopción.

Ley N° 16.346. sobre legitimación adoptiva.

Esta ley contempló la figura de la legitimación adoptiva, fue una reproducción de la ley uruguaya que le sirvió de modelo. Acogió por primera vez, el concepto de abandono o de niño abandonado como presupuesto de la legitimación adoptiva. Puso énfasis, para configurar el estado de abandono, en la falta de atención personal y económica durante un plazo legal predeterminado. Esta ley permitió, que los menores en estado de

abandono junto a los huérfanos y los de filiación desconocida, pudieran formar parte de una familia de acogida, quienes lo reciben como un hijo legítimo en su hogar. No obstante, tal como se señaló anteriormente, la ley entregó formulas tan engorrosas que sólo en escasas oportunidades fue un verdadero beneficio para los menores que se encontraban en estado de abandono.

Ley N° 18.703, sobre adopción plena.

Permite que los menores abandonados, en estado de orfandad y de filiación desconocida, fueran adoptados plenamente por los interesados. Entrega una fórmula genérica para que el Juez pueda determinar caso a caso, si existe real abandono, formulando que habrá abandono cuando se exponga o desampare a un menor, dejándole en situación de existir sólo auxiliado por terceros.

Definición que fue duramente criticada por Graciela Weinstein Weinstein, quien señala que la expresión, exposición, es a lo menos, arcaica, por cuanto, el abandono expreso e irreversible es cada vez más escaso y lo que configura al abandono en realidad, es un incumplimiento en el orden afectivo, económico y asistencial, por parte de los padres, tutores o guardadores”<sup>100</sup>.

No entrega la ley un plazo mínimo para que se configure el estado de abandono, aunque proporciona presunciones en la que se contemplan plazos, para acreditar el abandono.

También se contempló el abandono, como un requisito para otorgar la salida de menores al extranjero para su adopción, caso en el cual, se debía previamente declarar judicialmente el estado de abandono, para luego permitir la salida de los menores al extranjero. La falta de adecuado control en la salida de menores, en armonía con la falta de una regulación adecuada sobre la procedencia de la medida, hizo posible que se produjeran irregularidades, en las que muchas veces se vieron involucrados abogados. Así lo demuestra, la resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco, que remendando la resolución del Tribunal Aquo, reprocha el haber declarado el abandono del menor, sin que se hubiere examinado requisito alguno, para que fuese posible la adopción y se procedió a declarar lisa y llanamente un estado de abandono, sin antecedentes, ni fundamentos, esto es, con una ligereza inexcusable. Asimismo, en esta misma causa, la Corte obligó a examinar de que modo el abogado de la familia extranjera conoció y comenzó a gestionar la tramitación de la declaración de abandono de la menor, pues la causa denota irregularidades patentes.<sup>101</sup>

Ley N° 19.620 establece el nuevo estatuto de filiación adoptiva.

Esta norma, eliminó la constitución del estado de abandono del menor, no obstante, aún lo emplea, como una de las causales que permite la declaración judicial de adopción. Esta ley, revela el influjo proteccionista de las normativas internacionales que regulan la materia y en especial acoge, adecuadamente,<sup>102</sup> los principios que deben orientar al Juez. Los principios acogidos, permiten delimitar el estado de abandono, que permite la

---

<sup>100</sup> WEINSTEIN WEINSTEIN GRACIELA, Op. Cit. Pág 190.

<sup>101</sup> Corte de Apelaciones de Temuco. 15 diciembre de 1993. RDJ: tomo XC, secc. II, Pag 187 y 188.



decisión de colocar al menor desamparado en un hogar de acogida y así, dar cumplimiento al principio de subsidiaridad, que con estricto rigor emplaza a cumplir la Convención de Los Derechos del Niño. Sobre esta materia se puede citar, como ejemplo de la buena acogida que tienen los principios en nuestra jurisprudencia, un fallo emitido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, que denegó la entrega de un menor en adopción (aunque hubo ratificación de la madre), por considerar la Corte, que no se está en presencia de las condiciones indispensables de la adopción, esto es, que no le puedan ser proporcionados al menor por su familia de origen los cuidados y el afecto tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales; por lo que el interés superior del niño se encuentra razonablemente protegido en el seno de su familia biológica<sup>103</sup>.

No obstante, la jurisprudencia ha declarado que la ley N° 19.620, en cuanto, a la declaración de susceptibilidad de adopción, y específicamente, sobre la causal de inhabilidad de los padres que consagra el artículo 12 N° 1, adolece de falta de regulación normativa (hace aplicable al efecto, el artículo 42 de la ley N° 16.618)<sup>104</sup>, porque se remite al artículo 226 del Código Civil, el cual a su vez, no se basta a si mismo, para determinar los casos en que se deben entender inhabilitados los padres, sino en cambio, aquella es regulada en forma integral por el artículo 42 de la ley N° 16.618, que contempla una causal genérica, que a su vez, atenta contra el principio de la subsidiaridad, contemplado en la ley N° 19.620.

### **Comentarios**

En suma, lo señalado acerca de la noción de abandono, permite vislumbrar la falta de una regulación integral de la materia, sobre todo cuando se tiene en cuenta, que el abandono se refleja, no sólo, en los menores, sino y con mayor repercusión, en la familia, como es el caso de cuando el padre o el jefe de hogar comete abandono de familia. Por estas razones, debiera contemplarse una reforma en esta materia que acoja y establezca un concepto de abandono que permita a lo menos unificar los procedimientos relativos al caso y evitar de paso, los inconvenientes que denota la remisión tácita, hecha al artículo 42 de la ley N° 16.618. Sin perjuicio de lo antes expresado, a partir, de la ley N° 19.620 se aprecia con optimismo, que nuestro legislador ha acogido los principios de carácter internacional, sobre protección de menores, como el de interés superior del niño y subsidiaridad de la filiación adoptiva, expresando en forma correcta, una causal genérica de “abandono”, tipificando aquella como: la falta de atención personal, afectiva o económica. Asimismo, se indica un término legal para determinar el estado de abandono, lo que fue absolutamente necesario a objeto de colocar énfasis, en el debido proceso, que debe informar toda adopción, según mandato de la Convención de los Derechos del Niño. Luego, se dio mayor cobertura al criterio judicial, para ir definiendo en el caso concreto, la correcta aplicación de los presupuestos que permiten la adopción de

<sup>102</sup> El énfasis es mío.

<sup>103</sup> Corte de Apelaciones de Santiago 18 de julio de 2002. R.F.M. N° 503, Pág 3040

<sup>104</sup> Sentencia citada por Hernán Corral Talciani. Op. Cit. Pág 159.

menores. Hoy día los jueces cuentan, con principios generales que informan, garantizan e interpretan los derechos de los cuales, el menor es titular.

## **Procedimientos de Adopción.**

### **Procedimientos previos .**

La ley reglamenta tres tipos de procesos previos de la adopción y ellos están definidos atendiendo, a si se trata de menores que se encuentran en la hipótesis del artículo 8° letras a, b o, c.

#### **Entrega voluntaria del menor en adopción (artículo 8 letra a) .**

Hoy en día el juez competente para conocer, es el juez de letras de menores del domicilio del menor, pero a partir del 01 de octubre de 2005 será competente para conocer de tal procedimiento el juez de familia del domicilio del menor, conforme lo establece la ley N° 19.968. El trámite previo se inicia una vez que él o los padres manifiesten su voluntad de entregar al menor en adopción ante el Juez competente.

Una vez que se otorga la solicitud de entrega, les asiste a los padres el derecho a ser informados personalmente por el Juez, de la existencia de un plazo de 60 días para retractarse de la decisión de entregar al menor en adopción. Esta comunicación deberá ser efectuada inmediatamente una vez iniciado el trámite de entrega. Deberá además el Juez, consignar la fecha límite de retractación en una carta certificada enviada al domicilio de los solicitantes inmediatamente (artículo 9 ley N° 19.620).

Iniciado el trámite de entrega, el Juez deberá dentro del plazo de tres días decretar una o más diligencias, que la ley señala y que varían conforme a las distintas hipótesis.

1. Si asisten ambos padres a manifestar su intención de entregar a su hijo en adopción, deberá el juez decretar las medidas tendientes a comprobar que los padres no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente del menor.

Una vez realizada la última de las diligencias, deberá el juez resolver la solicitud en el plazo de 10 días.

2. Si sólo asiste uno de los padres a manifestar, su intención de entregar la menor en adopción, el juez deberá:

I.- Citar al otro padre para que comparezca a una audiencia, que se realizará dentro del octavo día, desde que se le notifica.

La notificación deberá hacerse personalmente, y en caso de no establecerse el domicilio, se realizará mediante un aviso publicado en el diario oficial.

II.- Deberá decretar todas las diligencias tendientes a comprobar que los padres no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo del menor en forma responsable.

En la audiencia puede suceder, que el padre citado autorice y manifieste su voluntad

de entregar al menor para su posterior adopción, en este caso y una vez evacuado la última diligencia tendiente a comprobar los presupuestos de la gestión, tendrá el juez el plazo de 10 días para resolver la solicitud.

Si el padre o la madre citada en la audiencia se opone a la solicitud, el juez deberá abrir un término probatorio de 8 días, vencido éste y/o vencida la última diligencia tendiente a comprobar la capacidad de los padres, el juez deberá fallar en el término de 10 días.

La resolución se notificará por cédula a los padres y se comunicará al SENAME.

La norma no contempla la procedencia de recursos en contra de la resolución –artículo 17 de la Ley 19.620-, pero, por aplicación de las reglas generales considero que procede el recurso de apelación.

**Entrega del menor antes de su nacimiento** . (artículo 10 ley N° 19.620) <sup>105</sup> .

El proceso de entrega, excepcionalmente se podrá iniciar antes del nacimiento del menor, pero deberá cumplir con una serie de requisitos:

**Patrocinio del SENAME.** La solicitud la debe realizar la madre, pero deberá ser siempre patrocinada por el SENAME o por un organismo acreditado por éste.

**Trámites posteriores.** Una vez presentada la solicitud la ley dispone que deberán realizar los trámites que correspondan, lo cual manifiesta un vacío importante en la materia, pues no se sabe que trámites son aquellos. Lo cierto es, que a lo menos deberían decretarse las diligencias tendientes a determinar si la madre se encuentra capacitada o en condiciones de hacerse cargo responsablemente del menor <sup>106</sup> . Mientras que no queda muy claro si se deberá citar al padre, ya que si el menor no ha nacido, no se puede saber con certeza quien es el padre.

**Ratificación.** Una vez nacido el menor, la madre tendrá un plazo de 30 días para ratificar su voluntad de entrega. Esta madre, no podrá ser objeto de presión o apremio para ratificar.

Luego puede suceder:

Si la madre ratifica, el juez tendrá un plazo de 5 días para resolver la solicitud

Si la madre fallece sin ratificar, la manifestación inicial será suficiente.

Si no ratifica, se le tendrá por desistida la solicitud de entrega del menor.

**Menores cuyos solicitantes de adopción, son sus ascendientes consanguíneos (artículo 8 letra b).**

Este segundo proceso previo de adopción, se refiere a aquellos casos en que el menor que es susceptible de ser adoptado, se encuentra en las siguientes situaciones:

<sup>105</sup> La posibilidad de iniciar los trámites conducentes a la adopción, antes del nacimiento del menor, es rechazado, tanto por la “Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de adopción Internacional”, como, por el Código Civil Argentino. Ver pagina 96 y siguientes.

<sup>106</sup> Aún cuando al ser patrocinado por el SENAME, esta condición se entiende implícita.

**El menor sólo fue reconocido por uno de sus padres y éste actúa como solicitante de adopción.** En este caso se debe recurrir directamente a la declaración judicial de adopción. Aquí precisamente no existe proceso previo, sino, que directamente se aplica la adopción.

**El menor fue reconocido por ambos padres o tiene filiación matrimonial.** Desea ser adoptado por una pareja en la que uno de los solicitantes es su padre o madre. Aquí deberá el padre no adoptante prestar su consentimiento, para este efecto deberá el juez:

Citar al otro padre a menos que haya comparecido en la solicitud original.

En caso de no establecerse el domicilio del otro padre, deberá ser notificado mediante un aviso en el Diario Oficial. Y pueden suceder las siguientes variantes:

Si asiste el otro padre o madre y presta su consentimiento, se aplica el párrafo tercero, es decir, el procedimiento de constitución de la adopción.

No asiste el padre o madre, o bien, asistiendo se niega a prestar su consentimiento, el juez deberá determinar si el menor es o no susceptible de ser adoptado, conforme a las reglas pertinentes, establecidas en el artículo 12 y siguientes de la ley N° 19.620.

**Cuando uno de los ascendientes consanguíneos del padre o madre desea adoptar al menor.** En estos casos, la ley dice que se deberá aplicar, ya el procedimiento previo señalado para la entrega del menor en adopción del artículo 9°, o el procedimiento previo de susceptibilidad de adopción del artículo 13, según corresponda. Creo que la norma es demasiado ambigua, ya que no entrega indicios suficientes para su interpretación, no obstante, se debería aplicar, el procedimiento del artículo 9°, si el hijo ha sido reconocido por uno o ambos padres y estos han prestado su consentimiento, y en cambio, se aplicará el procedimiento del artículo 13 y siguientes, cuando falte el padre y/o madre o éstos se opusieran.

#### **Declaración de susceptibilidad de adopción .**

Es el procedimiento aplicable a aquellos casos en que judicialmente se determina el estado de, abandono o desprotección del menor, lo que amerita, que se le busque una familia de acogida que les adopte.

-Será competente el Juez de Letras de Menores del domicilio o residencia del menor, pero a partir de la entrada en vigencia de la ley 19.968, que crea los tribunales de familia, será competente para conocer de esta materia el juez de familia del domicilio o residencia del menor.

-Este procedimiento solo se puede invocar cuando se funde en una causal de fondo que la ley prevé (artículo 12).

El procedimiento se iniciará:

De oficio por el juez

A solicitud del SENAME (obligadamente, en aquellos casos en que el menor no tiene una filiación determinada).

Personas naturales o jurídicas que tengan al menor a su cargo. En caso de ser iniciado por personas naturales deberán acompañar éstos el informe sobre idoneidad que

emite el SENAME o las instituciones acreditadas por éste.

-Una vez que se presenta la solicitud ante el tribunal correspondiente, éste deberá.

Citar a los ascendientes y a los consanguíneos del menor de hasta el tercer grado en la línea colateral, siempre que estuviere determinada su filiación, para que informen al tribunal lo que estimen más conveniente para los intereses del menor. La citación se notificará personalmente a los padres del menor y por carta certificada a los demás parientes. En caso de no existir domicilio conocido de todos éstos, deberá el tribunal pedir informe al Registro Electoral y al Servicio de Registro Civil e Identificación, para que informen, dentro de 5° día, sobre el domicilio que figura en sus registros, de dichas personas.

Si no se informa o no se logra establecer el domicilio de dichas personas, el Tribunal decretará de inmediato, que se realice la notificación mediante un aviso en el Diario Oficial, los días 1° ó 15 de cada mes, o el día siguiente hábil si estos recayeren en un día inhábil. Mediante un extracto que deberá ser redactado por el secretario del tribunal.

2.- Una vez notificadas todas las partes, ya sea personalmente; por carta certificada; o bien, mediante aviso en el Diario Oficial, tendrán éstas, un plazo de 10 días, contados desde la notificación, para comparecer al Tribunal y así prestar su consentimiento o bien oponerse.

3.-Una vez vencido este plazo, deberá el juez si procede, recibir la causa a prueba (siempre que no se encuentren ya suficientemente acreditadas las causales que dan mérito a la declaración de susceptibilidad de adopción) por un término de 8 días, la prueba de testigos deberá rendirse cuando el tribunal lo determine dentro del término probatorio.

4.-El juez podrá decretar de oficio (se haya o no recibido la causa a prueba) todas las diligencias necesarias para constatar la veracidad de los hechos en que se funda la solicitud de susceptibilidad –principio inquisitivo- dentro de las diligencias, el tribunal deberá solicitar informes al SENAME y/o a los órganos acreditados por éste, los cuales bastarán, en su mérito, para dar por acreditados los hechos.

Deberá oír al menor o pedir consentimiento del menor adulto conforme al artículo 3°.

5.-Una vez vencido el probatorio y evacuadas las diligencias decretadas por el Tribunal deberá el juez dictar sentencia dentro del plazo de 10 días, la que se deberá notificar, por cédula a los consanguíneos que hayan comparecido al proceso.

6.-Sobre la sentencia que dicta el Tribunal, procederá el recurso de apelación en el sólo efecto devolutivo el cual deberá impetrarse en el plazo de 10 días contados desde que se notifica la sentencia. Y en el caso de no ser apelada y no ser patrocinada por el SENAME, u otro organismo acreditado por éste, deberá elevarse en consulta.

7.-Sobre la posibilidad de impetrar un recurso de casación, la doctrina se encuentra dividida, siendo la posición mayoritaria la que lidera don René Ramos Pazos,-y que por cierto, ha sido acogida por la jurisprudencia-<sup>107</sup> quien estima que no procede, pues no lo

<sup>107</sup> Véase al respecto, recurso de casación denegado. Corte Suprema. 17 de octubre de 2002. R. F. M. N° 503. Pág. 3042; Improcedencia de recurso de casación. Corte Suprema. 24 de mayo de 1995. R. F. M. N° 438. Pág. 480.

señala la ley <sup>108</sup>, por su parte don Hernán Corral Talciani, considera que por aplicación subsidiaria de la ley 16.618, procedería este recurso en la especie <sup>109</sup> „ <sup>110</sup>.

**Procedimiento de la declaración judicial que constituye la adopción.**

Este es un procedimiento no contencioso, que no admite oposición, que se tramitará ante el Juez de Letras de Menores del domicilio de los adoptantes y a partir de la entrada en vigencia de la ley 19.968 sobre tribunales de familia será competente para conocer de aquellas materias el juez de familia del domicilio de los adoptantes.

El procedimiento se inicia, por aquellos interesados en adoptar un menor, ya sean, matrimonio o personas solteras, viudas o divorciadas, quienes deberán firmar la solicitud de adopción ante el secretario del tribunal.

Conjuntamente con la solicitud de adopción se deberán acompañar los siguientes antecedentes:

Copia íntegra de la inscripción de nacimiento del adoptado.

Copia autorizada de la resolución judicial que declara que el menor puede ser adoptado, artículo 8°.

Informe de evaluación de idoneidad emitido por el SENAME u otro de los organismos acreditados.

Si se cumple con todos estos requisitos y estos se adecuan a las exigencias legales, el juez debe acoger la solicitud a tramitación.

Inmediatamente si lo estima necesario, decretará las medidas necesarias para complementar la evaluación de idoneidad de los interesados y comprobar las ventajas que la adopción reporta para el menor, las cuales deberán evacuarse en el plazo de 60 días desde que se ordenan.

Entre éstos se cuenta oír al menor en función de su edad o madurez, o pedir el consentimiento del menor adulto, conforme al artículo 3°.

Realizadas las diligencias o vencido el plazo de 60 días, deberá el juez dictar sentencia dentro del término de 15 días.

Una vez dictada la sentencia se debe notificar por cédula a los solicitantes.

En contra de la sentencia procede el recurso de apelación (el plazo para apelar será, de 10 días, por aplicación de las reglas generales <sup>111</sup>) y respecto del recurso de casación, me remito a la explicación de la procedencia del recurso sobre la sentencia que

---

<sup>108</sup> RAMOS PAZOS, RENÉ. Op. Cit, Página 471.

<sup>109</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. Op. Cit. Página 187.

<sup>110</sup> A partir de la entrada en vigencia de la ley N° 19.968, se pondrá fin a esta discusión, porque esta ley incorpora expresamente el recurso de casación en los juicios de familia.

<sup>111</sup> GONZALEZ MORAGA, MARCELA. "Derecho procesal de menores". Ediciones Jurídicas. 2° edición. Santiago de Chile. Año 2000. Pág. 127.

decreta la susceptibilidad de adopción <sup>112</sup>.

**Declaración de adopción por matrimonios extranjeros o chilenos no residentes.**

Se aplica casi idéntico procedimiento, pero con las siguientes modificaciones.

Es competente para conocer el Juez de Letras de Menores del domicilio del menor o de la persona o entidad que tenga bajo su cuidado al menor.

Siempre tendrá que tener conocimiento de esta tramitación el SENAME, al cual se le informará –cuando no lo patrocine– una vez que se acoja a tramitación la solicitud.

Los solicitantes deberán comparecer todos, a lo menos una vez, personalmente durante el proceso, y además, toda vez, que el Juez lo estime conveniente.

Deberán los solicitantes acompañar conjuntamente con la solicitud, los antecedentes que señala el artículo 32, so pena, de no admitirse a tramitación.

## Efectos de la adopción.

**1.- Genera vínculos de filiación.** La adopción realizada conforme a la ley N° 19.620 genera vínculos de filiación, lo que significa que el menor adoptado pasa a tener la calidad de hijo de él o los adoptantes. El hijo pasa a formar parte de la familia que lo acoge.

**2.- Constituye estado civil.** La adopción constituye estado civil para el menor, asimilándose éste con los hijos biológicos de los padres.

**3.- Se pierden los vínculos de origen.** El menor sujeto a adopción, pierde todos los vínculos con su familia de origen y solo subsisten los relativos a los impedimentos del matrimonio.

**4.- Irrevocable.** La adopción es irrevocable y sólo podrá ser dejada sin efecto por su declaración de nulidad, la que podrá ser solicitada, sólo por el adoptado, en aquellos casos en que haya sido obtenida ésta, por medios ilícitos o fraudulentos. La acción de nulidad será conocida por el Juez de Letras Civil del domicilio del menor.

La filiación por naturaleza es la más endeble de todas las que la ley contempla, por cuanto, puede ser impugnada mediante las acciones de nulidad, desconocimiento, impugnación; mientras que la filiación adoptiva, sólo puede ser atacada por acción de nulidad. Por su parte, la filiación obtenida mediante la utilización de métodos de reproducción asistida, contiene una presunción de derecho que consigna en estos casos, que el padre y la madre del menor, son el hombre y la mujer que se sometieron a estas técnicas, cerrando expresamente la posibilidad de impugnarse o reclamarse una filiación distinta (artículo 182 Código Civil).

**5.- Requiere inscripción.** Los efectos de la adopción comienzan a regir entre las

<sup>112</sup> Sobre este punto ver comentarios sobre la procedencia del recurso de casación, a propósito, de los procedimientos previos. Pagina 135.

partes y respecto de terceros, desde que se practica la inscripción de nacimiento que ordena la sentencia que constituye la adopción (artículo 37 de la ley N° 19.620).

**6.- Vigencia relativa.** Los efectos de la adopción antes descritos, se aplican a las adopciones tramitadas conforme a lo dispuesto en la ley N° 19.620, más, la ley se encargó de regular la situación de las adopciones realizadas conforme a leyes anteriores, manifestando en forma expresa que la adopción se sujetará, en cuanto, a sus efectos, a la ley por la cual fue tramitada, inclusive en materia sucesoria.

**Distinción de los efectos de acuerdo a la ley de constitución:**

**Adopciones realizadas conforme a la ley N° 7.613:**

Seguirán tramitándose conforme a los efectos propios de aquella ley. Recordemos que esta adopción no constituía estado civil, no tiene efecto filiativo, el adoptado no pierde los vínculos con su familia de origen, genera derechos sucesorios entre los adoptados, pero se asimila al adoptado con el hijo natural y se extingue de pleno derecho cuando el menor cumple la mayoría de edad.

**Adopción realizada conforme a la ley N° 16.346:**

En este caso, no existe inconveniente, pues, se reguló la llamada legitimación adoptiva, la que le dio al menor, la calidad de hijo legítimo de los adoptantes, asimilándose en sus efectos al hijo de filiación adoptiva de la ley N° 19.620.

**C. Adopción simple tramitada conforme a la ley N° 18.703:**

Esta adopción, es más bien, una especie de medida de protección con mayor regulación, no pierde el adoptado los vínculos con su familia de origen y no se modifican los efectos de la adopción, entre adoptante y adoptado, por la entrada en vigencia de la Ley 19.620.

**Adopción plena de la ley N° 18.703:**

Esta adopción constituía estado civil y al adoptado se le entrega la calidad de hijo, por lo cual no existen diferencias con el menor adoptado, conforme a la ley N° 19.620.

El legislador optó por mantener en vigencia las leyes de adopción para aquellos que la constituyeron bajo su régimen y dispuso, que los que tengan la calidad de adoptante y adoptado, conforme a la Ley 7.613, o a la adopción simple de la Ley 18.703, continuarán sujetos a los efectos de aquella adopción. Sin embargo, permitió que, a través, de un pacto de familia, adoptantes y adoptados, se acogieran a los efectos propios de la ley N° 19.620. El pacto deberá cumplir con las siguientes formalidades:

1.- Debe ser otorgado en escritura pública por el adoptante y el adoptado, y otras personas que la ley señala (artículo 45 Ley N° 19.620).

2.- El pacto debe ser aprobado judicialmente previa acreditación de las ventajas que representa para el adoptado.

3.- Subinscripción de la escritura pública aprobada judicialmente, al margen de la inscripción de nacimiento del adoptado. Desde esta fecha comienza a producir efectos.



## Criticas de la ley de adopción.

La ley reguló, de un modo bastante acertado el régimen de filiación adoptiva, pero se ha enfrentado a diversas críticas. Las más relevantes son las siguientes:

**a) Derogación de otras figuras de adopción.** Se le crítica, que se haya acogido el régimen de la adopción constitutiva de estado civil y se haya eliminado la adopción común de la ley N° 7.613 y la adopción simple de la ley N° 18.703, particularmente, en cuanto, a la necesidad de tener una institución como la adopción simple, que permitía entregar una adecuada protección del menor, sin tener que tomar la drástica decisión de romper los vínculos del menor con su familia de origen <sup>113</sup>.

**La falta de seguimiento del menor una vez adoptado.** La ley es especialmente cuidadosa al resguardar los derechos del menor antes del proceso de adopción y durante su establecimiento, pero no se constituye ningún sistema de seguimiento y control del menor y su familia, después de ya constituida la adopción. Esto es especialmente sensible, porque es posible, que el menor y su familia no se adapten adecuadamente y se comiencen a vulnerar los derechos del menor, incluso es posible que alguien haya obtenido una adopción, sin tener ánimo de acoger al menor y en cambio desea que el menor cumpla otras funciones <sup>114</sup>.

**Entrega del menor en adopción antes de su nacimiento.** La ley permite que los trámites de entrega del menor en adopción se inicien antes del nacimiento del menor. Esta decisión la asumió el legislador para disminuir la tasa de abortos que existe, privilegiando la vida, pero con un costo alto, cual es, que se vulneran los derechos del menor, en cuanto, a que se realice la adopción en un marco de debido proceso con la plena información y en un periodo de normalidad de los padres. <sup>115</sup> No obstante, aquellos que defienden la normativa, contrastan la crítica señalando que la misma ley se encarga de entregar un plazo de ratificación de 30 días y que a la madre no se le puede apremiar para que ratifique <sup>116</sup>.

**Inadecuada información del padre biológico.** Cuando una madre decide entregar a su hijo en adopción y el menor no tiene determinada su filiación paterna, la ley no exige que se requiera y se informe de modo alguno a éste, de la decisión de la madre de entregar al menor en adopción. Esto vulnera el legítimo derecho del padre de no permitir que se constituya una adopción a favor de su hijo. <sup>117</sup>

**La falta de prelación para decidir la familia adoptiva.** La ley N° 19.620, no

<sup>113</sup> Sobre esta materia, don Ambrosio Rodríguez Quiroz, se muestra especialmente crítico.

<sup>114</sup> MAZEAUD, HENRI, LEON, JEAN. Op. Cit. Pág. 550. Los hermanos Mazeaud, nos señalan que uno de los males de la adopción, es que se presta, como medio ilícito, de obtener un enfermero o peor aún, un sirviente.

<sup>115</sup> La madre puede sufrir de una patología denominada, síndrome de depresión post parto, que altera su personalidad, impidiendo la toma de decisiones en forma adecuada.

<sup>116</sup> Ver página 96 y siguientes.

contempla ningún orden de preferencia, respecto de los matrimonios interesados en adoptar; sólo contempla la ley, un orden de preferencia para los interesados solteros viudos o divorciados, donde el juez debe preferir al pariente consanguíneo y en segundo orden aquel que tenga el cuidado personal del menor. Cuando existen varios matrimonios interesados en adoptar a un menor y entre ellos se encuentra algún ascendiente consanguíneo, como lo señala el artículo 8 letra b de la ley, ¿Debe el juez decidir por estos necesariamente? De acuerdo al texto de la ley, no, pero debiera hacerlo por aplicación de los principios, que obliga al juez a buscar la permanencia del menor en su familia de origen. ¿Asimismo ambiguo es determinar, si los padres que desean adoptar conforme a lo dispuesto en el artículo 8 letra b de la ley, pueden hacerlo, sólo cuando previamente se ha declarado al menor como susceptible de ser adoptado o en todo caso?.

**La facultad del juez de ir en contra de la decisión del menor adulto que no desea ser adoptado.** La ley N° 19.620 siguiendo a la Convención de Derechos del Niño acogió, el principio-derecho, que obliga a escuchar al menor en función de su edad y madurez. Cuando se desea adoptar a un menor adulto, la ley exige que este menor entregue su consentimiento previo y en caso de no prestar el menor su consentimiento, no se puede llevar adelante la adopción, pero existe una calificada excepción, que es aquella facultad que la ley entrega al Juez de Letras de Menores que conoce de la solicitud de adopción, para proseguir con el proceso aunque el menor adulto haya expresado su voluntad rechazándola, siempre y cuando se funde la decisión del juez, en el interés superior del menor.<sup>118</sup>

## **Modificaciones a la ley N° 19.620.**

---

La ley N° 19.620 que entró en vigencia el 26 de Octubre de 1999, ha tenido variadas modificaciones, las cuales se han materializado a través de las siguientes leyes:

Ley 19.658, del 20 de diciembre de 1998.

Ley 19.910, del 28 de octubre de 2003.

Ley 19.947, del 17 de mayo de 2004.

Ley 19.968, del 30 de agosto de 2004, que entrará en vigencia el 1° de octubre de 2005.

Ley N° 19.658.

Ley publicada el día 20 de diciembre de 1999.

Esta modificación, tuvo por objeto salvar un grave error en el que incurrió el

<sup>117</sup> La Juez de Menores de San Bernardo, señora Alba Llanos M. Señala, que de ninguna forma, se puede proteger el derecho del padre biológico del menor, por cuanto, no es posible apremiar a la madre para que informe sobre la identidad del mismo, amparado en razones de ética.

<sup>118</sup> Don Ambrosio Rodríguez Quiroz, desliza su mayor crítica a la ley, por este aspecto y concluye que existe una antinomia legal entre el artículo 1 y el artículo 3 de la ley 19.620.

legislador al dictar la Ley N° 19.620, a saber, el no regular que sucedería con los juicios ya iniciados antes del 26 de octubre 1999, es decir, si le sería o no aplicable la nueva normativa. Por esta razón se legisló de urgencia y se dicta la Ley N° 19.658, que salvó el defecto y estableció:

Las causas que comenzaren a tramitarse con posterioridad a la entrada en vigencia (26 de octubre de 1999) de la presente ley se sujetarán a sus disposiciones (Artículo 47 inciso final).

Las causas que se hubieren comenzado a tramitar conforme a al procedimiento de la ley N° 7.613 y N° 18.703 se continuarán substanciando conforme al procedimiento establecido en dichas normativas (artículo 2° transitorio).

Los que tengan carácter de adoptante y adoptado se sujetarán a lo previsto en el artículo 45 de la Ley N° 19.620.

#### Ley N° 19.910.

Esta ley, se publicó el 28 de octubre del 2003, tiene un artículo único y fue promovida principalmente por gestión del senador Jaime Orpis, sus modificaciones son las siguientes: 1. Modifica los procedimientos previos de adopción, estableciendo la obligación del Juez de citar al padre que no ha comparecido a entregar al menor en adopción y la obligación de notificarse mediante aviso en el Diario Oficial si corresponde.

Exhorta al Juez a comprobar que los padres no se encuentran en condiciones o capacitados para hacerse cargo responsablemente del menor.

Modifica los plazos para determinar si existe abandono.

Se especifican los parientes que deben ser citados para el proceso de susceptibilidad de adopción.

Establece la forma de notificar a los padres o parientes, en caso de proceso de susceptibilidad de adopción.

Altera la regla de la competencia relativa de los jueces que deberán conocer de los procesos previos adopción y de la adopción propiamente tal.

Reduce los plazos para dictar sentencia.

La mayor modificación, fue la relativa a confiar el cuidado de los menores a los solicitantes de adopción, sólo una vez, que se encuentre ejecutoriada la resolución, que declare que el menor es susceptible de ser adoptado. Y excepcionalmente, en otros tres casos, aún cuando no esté ejecutoriada, pero en donde no exista ya, posibilidad de oposición.<sup>119</sup>

Dispone que todas las adopciones solicitadas por matrimonios no residentes, deberán ser patrocinadas por el SENAME.

Modifica algunos de los documentos que deben acompañar los matrimonios no residentes al solicitar la adopción.

---

<sup>119</sup> Esta norma se dictó, para evitar que una vez entregados los menores al cuidado de sus padres fueran recuperados luego, por sus padres de origen.

Ley N° 19.947. sobre matrimonio civil.

Esta ley fue publicada, el 17 de mayo de 2004, pero entró en vigencia sólo, el 17 de noviembre de 2004. Establece el régimen de matrimonio civil aplicable en Chile y acoge por primera vez el divorcio vincular en nuestro país.

Esta ley realiza modificaciones en la adecuación de la nueva normativa del régimen de matrimonio civil que existe en el país, permitiendo:

Que además de los solteros o viudos, los divorciados también pueden solicitar, individualmente, la adopción de menores.

Que no se podrá conceder la adopción a los cónyuges, a los cuales se les haya decretado separación judicial.

Que los cónyuges que hubieren iniciado la tramitación de la adopción podrán solicitar que se les conceda, aún después de haber sido decretada la separación legal o el divorcio, si conviene al interés superior del menor.

Reformas de la Ley N° 19.968 sobre tribunales de familia.

La ley fue publicada, el 30 de agosto de 2004, establece la creación de 258 jueces de familia, agrupados en 60 tribunales especiales que comenzarán a funcionar en todo el país, el 1° de octubre del 2005.

La nueva ley, establece una judicatura especializada en materias de familia, que se encargará de conocer básicamente todas las materias relacionadas con el derecho de familia, es decir, asuntos relacionados con el matrimonio, la filiación, alimentos, derecho de mantener una relación directa y regular con los hijos, tuición, patria potestad, protección de menores, adopción y en general toda cuestión derivada de las relaciones de familia, como también, todas aquellas materias que por disposición de leyes especiales sean de conocimiento de aquellos tribunales.

En lo que nos preocupa, el artículo 218 y siguientes, de la ley N° 19.968 le entrega competencia para conocer de los procedimientos previos de la adopción al juez de familia.

**Conformación del tribunal de familia.**

El tribunal de familia posee las siguientes características:

Es un tribunal especial, en cuanto, a la materia, ya que posee competencia para conocer asuntos de familia e infancia.

Integrante del poder judicial, goza de imperio.

Tribunal de 1° instancia.

Unipersonal.

Tribunal con colaboración de un consejo técnico asesor, que sus integrantes son funcionarios auxiliares de la administración de justicia, que tiene por fin asesorar a los jueces en la comprensión y análisis de las causas sometidas a su conocimiento.

Tribunal letrado.

Tribunal con asiento y competencia en las comunas que se determina por ley.

**Características del proceso que conocerán los tribunales de familia.**

- Concentrado.
- Oral.
- Desformalizado.
- Inmediación.
- Oficiosidad.
- Colaboración.
- Protección a la intimidad.
- Interés superior del niño.

**Concentrado.** En virtud del cual, el procedimiento se deberá realizar en audiencias continuas, sin perjuicio de las excepciones, que la misma ley contempla. Se manifiesta en la fijación de plazos breves y audiencias próximas entre sí que deben ser continuas, en la fuerte restricción de los incidentes de nulidad y en el deber de dar a conocer la sentencia al finalizar la audiencia, con un breve plazo para fundamentarla<sup>120</sup>.

**Oral.** En virtud del cual, todas las actuaciones deben ser orales, sin perjuicio, de que se podrán realizar algunas en forma escrita, cuando la ley lo permita, por ejemplo la presentación de la demanda. Para efectos del registro y prueba deberá crearse un registro de todas las actuaciones orales que se realicen en el juicio.

**Desformalizado.** Que es producto de las características antes comentadas y se manifiesta en la falta de formas o ritualidades para la sustantación del procedimiento, característica que se revela principalmente, en la prueba su admisibilidad y producción, en la no necesidad de que las partes sean patrocinadas por un abogado y en la simplificación de las notificaciones.

**Inmediación.** Este principio se manifiesta fundamentalmente en la obligación que asiste al Juez, de comparecer personalmente a todas las audiencias del proceso, y además en la prohibición expresa de delegación, bajo la sanción de poder anularse la audiencia en cuestión.

**Oficiosidad o actuación de oficio.** La finalidad de este principio, es que se lleve a cabo el juicio bajo la mayor celeridad, ya que existe impulso procesal de parte del Juez. Se destacan las amplias atribuciones para impulsar el proceso hasta darle término, ya sea, mediante sentencia o acuerdo entre las partes. Para lograr esto, puede el juez, de oficio decretar las medidas que estime convenientes para tal efecto.

**Colaboración.** Este principio está orientado básicamente a evitar la confrontación entre las partes, privilegiando los acuerdos obtenidos por ellas.

**Protección a la intimidad.** Para poder cumplir con este principio el Juez deberá tomar todas las medidas del caso, para que se respete la intimidad de las partes del proceso, especialmente de las niñas, los niños y adolescentes.

**Interés superior del niño.** Como antes vimos, éste es un principio rector o principio

<sup>120</sup> GAZMURI, CONSUELO. "La Semana Jurídica" N°200, semana del 6-12 de septiembre, año 2004.

marco, que orienta e ilustra todos los procedimientos o materias en que se vean involucrados niños (menores de 18 años) y que tiene una fuerte carga valórica de interpretación y aplicación, según la cultura y el orden público vigente de acuerdo a la fecha de su aplicación.

## V.- PROCEDIMIENTOS DE ADOPCIÓN DE LA NUEVA LEY DE TRIBUNALES DE FAMILIA.

La ley sobre tribunales de familia, incorpora un procedimiento general u ordinario, dos procedimientos especiales y además, regula someramente los asuntos no contenciosos, asimismo contempla la creación de procedimientos especiales que en cada caso se especifica, como es en la adopción, en la cual, el legislador creó un procedimiento especial aplicable a la materia.

Procedimiento general.

Procedimiento especial - Medidas de protección.

- Violencia intrafamiliar.

Procedimiento de asuntos voluntarios.

Procedimientos establecidos en leyes especiales.

### **Breves nociones del procedimiento ordinario general.**

La ley contempla un procedimiento general que se desarrolla de la siguiente manera:

**Demanda.** Se puede iniciar el procedimiento presentando una demanda que puede ser oral o escrita, en caso de ser oral, deberá el funcionario encargado del tribunal tomar registro de los términos de la demanda.

**Citación.** Una vez presentada la demanda el Juez deberá citar a una audiencia de preparación en el plazo más breve posible, imponiéndose la obligación de notificar a los demandados con una antelación de 10 días. El tribunal deberá designar dos fechas para la realización de la audiencia de preparación, ello se debe hacer, para el evento, en que no se realice la audiencia decretada por falta de notificación correspondiente.

**Contestación escrita.** Él o los demandados deberán contestar por escrito la demanda hasta 3 días antes, de la verificación de la audiencia de preparación del juicio, en esta oportunidad podrá también el demandado reconvenir por escrito.

**Contestación oral.** Si no realiza la contestación por escrito en la fecha antes señalada, podrán él o los demandados contestar la demanda en forma oral, en la audiencia de preparación, además si desea, deberá reconvenir en forma oral en esta oportunidad.

**Audiencia de preparación.** En la audiencia de preparación del juicio deberá realizar:

Ratificar la demanda, contestar la demanda y la demanda reconvenzional si es que hubiere.

Se tramitarán conjuntamente las excepciones que se dedujeren.

Deberá decretar las medidas cautelares que correspondan.

Se promoverá la conciliación o la derivación a mediación.

Se deberán fijar los puntos de prueba.

Se rendirán y recibirán las pruebas que fueren posibles admitir.

Se deberán realizar las convenciones probatorias.

**Citación audiencia de juicio.** En caso de no haberse resuelto el conflicto, en la audiencia de preparación, se deberá poner fin a ésta, mediante la citación a la audiencia del juicio, la cual, deberá realizarse en una fecha no posterior a los 30 días desde la realización de la audiencia de preparación, para este efecto, las partes quedarán notificadas por el solo ministerio de la ley.

**Audiencia de juicio.** Se desarrolla en la fecha determinada, en ella, deberán rendirse las pruebas entregadas por las partes, como así también, las decretadas por el tribunal, en el orden y en la forma que la ley dispone. El juicio se debe desarrollar en una sola audiencia, pero puede ser prorrogado en sesiones sucesivas si fuere necesario.

**Sentencia.** Una vez rendidas las pruebas, el juez deberá emitir su dictamen en forma oral, de inmediato y sólo en forma excepcional podrá suspender su resolución para el día siguiente hábil y en los casos que se hubiere prolongado el juicio por más de 2 días.

La redacción del fallo la podrá aplazar hasta el 5º día, desde la fecha del juicio, que será ampliable a 5 días más, por razones fundadas.

**Recursos.** Sobre la sentencia dictada procede interponer los recursos en la forma que establece el Código de Procedimiento Civil, siempre que ello no resulte incompatible con los principios de procedimiento que establece la ley, sin perjuicio, de las modificaciones que la ley realiza a ellos, como por ejemplo:

El recurso de reposición, deberá pronunciarse en un plazo de 3 días, salvo en el



caso que recaiga sobre una resolución dictada en audiencia, caso en el cual deberá interponerse y resolverse en el acto.

El recurso de apelación, sólo procede en contra de las siguientes resoluciones:

Sentencia definitiva de 1° instancia.

Resoluciones que pongan término al procedimiento o hagan imposible su continuación.

Aquellas resoluciones que se pronuncien sobre medidas cautelares.

El recurso de apelación como regla general, se concederá en el sólo efecto devolutivo, salvo las excepciones mencionadas en el artículo 67 N° 3 de la ley.

3) El recurso de casación en la forma, sólo procede en contra de:

Sentencia definitiva de 1° instancia.

Sentencia de 1° instancia que ponga término al juicio o haga imposible su continuación.

Este recurso sólo procede por las causales señaladas en el artículo 67 N° 6 letra B de la Ley N° 19.968.

#### **Consideraciones en torno a la prueba.**

La ley acoge el principio de libertad de prueba, permitiendo su producción por cualquier medio de prueba obtenido en conformidad a la ley, aceptándose para estos efectos, todo medio apto para producir fe, con la limitación de que no sean impertinentes o sobreabundantes, que no tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, o que hayan sido obtenidos con infracción las garantías fundamentales.

La prueba será apreciada conforme las reglas de la sana crítica.

Se regulan en detalle las pruebas de testigos, informes de peritos, documental y confesional.

## **Procedimiento especial de adopción.**

### **Marco regulatorio.**

De acuerdo al nuevo artículo 2° de la Ley N° 19.620, modificada por la Ley N° 19.968, la adopción se sujetará en cuanto a su tramitación:<sup>121</sup>

A las normas establecidas en la ley de adopción (procedimiento reformado por la Ley N° 19.968, procedimiento especial establecido en la Ley N° 19.620).

En lo no previsto, por las normas del título III de la Ley, que crea los juzgados de familia.

En materia de recursos, rigen las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

---

<sup>121</sup> Estas modificaciones, entrarán en vigencia, el 1° de octubre del año 2005.

En cuanto a los actos jurídicos no contenciosos, regirá lo dispuesto en la ley N° 19.968 y en lo no previsto, por el libro IV del Código de Procedimiento Civil.

En lo no regulado por la ley N° 19.968, serán aplicables las disposiciones comunes a todo procedimiento establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

## **Procedimiento especial de la Ley N° 19.620.**

Con las reformas que la Ley N° 19.968 realiza a la ley de adopción, se modifican, tanto los procesos previos de adopción, como el de adopción propiamente tal, en la forma que sigue.

**Procedimiento previo de entrega del menor en adopción, conforme al artículo 8° letra a de la ley N° 19.620**<sup>122</sup>.

**Solicitud.** Se inicia mediante la solicitud de entrega del menor en adopción, ante el tribunal de familia competente del domicilio del menor.

La solicitud deberá acogerse a los requisitos de la demanda establecidos en el artículo 56 de la Ley N° 19.968, es decir, podrá realizarse en forma oral o verbal.

La solicitud podrá realizarse por el padre, la madre o ambos.

**Derecho de desistimiento.** Inmediatamente de ratificada la voluntad de entrega del menor en adopción, deberá el juez informar personalmente al padre, la madre o ambos, que hayan comparecido, que les asiste el derecho para desistirse de la decisión de entregar al menor en adopción, en un plazo de 30 días, contados desde la presentación de la solicitud de entrega en adopción.

**Citación.** Una vez recibida la solicitud de entrega del menor en adopción, deberá el juez citar a una audiencia de preparación del juicio, que se llevará a cabo entre el décimo y el décimo quinto día posterior a la presentación de la solicitud<sup>123</sup> „<sup>124</sup>.

**Notificación por aviso.** En caso de haber asistido solo uno de los padres a solicitar la entrega del menor en adopción, deberá el Juez citar al otro padre que hubiere reconocido al menor, a la audiencia de preparación. Esta citación se le debe notificar personalmente y bajo apercibimiento, que su inasistencia, hará presumir su voluntad de entregar al menor en adopción.

<sup>122</sup> De acuerdo al artículo 18, será competente para conocer de los procesos previos de adopción, el Juez de Familia del domicilio o residencia del menor.

<sup>123</sup> En razón de los plazos tan breves que entrega la ley, asiste la duda, acerca de si se aplica la obligación de notificar con 10 días de anticipación a la fecha de la audiencia.

<sup>124</sup> Aquí se manifiesta una diferencia del procedimiento especial de la ley de adopción con el procedimiento ordinario de la Ley N° 19.968, en este último la audiencia se realiza en el másbreveplazo, mientras que, en el primero la ley designa el plazo, para evitar dilaciones que atenten contra el espíritu de la normativa de adopción.

En caso de no tener el otro padre un domicilio conocido, deberá el Juez, al proveer la solicitud, requerir informe al Servicio de Registro Civil e Identificación y al Registro Electoral, sobre el domicilio que aquella persona, tenga anotado en sus registros. Este informe deberá ser evacuado dentro de 5° día. En caso de no establecerse el domicilio del otro padre o de no ser habido en el domicilio informado, se notificará la citación a audiencia, mediante un aviso dispuesto en el Diario Oficial los días 1° ó 15 de cada mes. Este deberá contener la mayor cantidad de datos para la identificación del menor <sup>125</sup>.

**Audiencia de preparación.** En esta pueden ocurrir las siguientes variantes:

Si ambos padres asisten a entregar al menor en adopción y están patrocinados por el SENAME o una institución acreditada por éste, de tal modo, que se acompañe al proceso un informe que indica que los padres no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente del menor, el juez podrá resolver la solicitud en la audiencia de preparación siempre que:

- Esté acreditada la falta de capacidad de los padres.
- Haya transcurrido el plazo de 30 días para retractarse.

Si sólo asiste, uno de los padres a solicitar la entrega del menor, se realiza la citación correspondiente al otro padre. Si concurre el otro padre, podrá también el tribunal resolver la solicitud siempre y cuando:

- Se encuentre acreditada la falta de capacidad de los padres <sup>126</sup>.
- No se deduzca oposición.
- Que haya transcurrido, el plazo de 30 días para retractarse.

Si sólo uno de los padres, ha manifestado su voluntad de entregar a su hijo en adopción y el otro padre ha fallecido o se encuentra impedido de manifestar su voluntad, bastará la declaración del primero y el tribunal podrá resolver en la audiencia preparatoria siempre que:

- Exista informe que acredite la incapacidad de uno de los padres.
- Haya transcurrido el plazo de 30 días para retractarse.

En todos los demás casos se deberá realizar la audiencia de juicio oral, es decir, cuando:

- Ambos padres han asistido y han ratificado su voluntad de entrega, pero no se ha acreditado la falta de capacidad -mediante informe-, o bien, no ha transcurrido el plazo de 30 días que existe para que los padres se retracten de su decisión.

- Asiste sólo uno de los padres, citado el otro, éste no se opone a la solicitud de

---

<sup>125</sup> De la letra de la ley, queda poco claro si el juez al proveer la solicitud de entrega del menor solicitando información del padre no compareciente, debe igualmente fijar la fecha de la audiencia preparatoria en el plazo fijado o si debe esperar el resultado de la búsqueda.

<sup>126</sup> Para lo cual bastará con el informe que entrega el SENAME o la institución acreditada si lospatrocinare, o el que solicite el tribunal a aquellas instituciones.

entrega del menor, pero aún falta acreditar la falta de capacidad de los padres o que no ha transcurrido aún, el plazo para retractarse.

- Uno de los padres ha fallecido o no puede manifestar su voluntad, y aún, no se acredita mediante informe correspondiente la falta de los padres o no han transcurrido los 30 días para la retractación.

- Si asisten ambos padres y uno de ellos deduce oposición.

**Actuación de oficio.** El juez tiene la obligación de comprobar si los padres, efectivamente, no se encuentran en condiciones de hacerse cargo del menor, por aplicación del principio de subsidiariedad y para este efecto, podrá decretar todas las diligencias tendientes al efecto (principio de impulso procesal del juez), no obstante, si se ha emitido informe por el SENAME o una institución acreditada por éste (informe de perito especializado), bastará para tener por acreditada esa situación. Por esta razón, si él o los padres no están patrocinados por el SENAME o una organización acreditada, el tribunal ordenará emitir aquel informe, para ser visto en la audiencia del juicio.

**Audiencia de Juicio.** La audiencia del juicio se realizará al cabo de 15 días desde la audiencia de preparación del juicio <sup>127</sup>. Pero si a esa fecha, no se ha verificado aún el plazo de 30 días para retractarse, la audiencia del juicio se realizará dentro de los 5 días siguientes a su vencimiento.

**Sentencia.** El juicio oral se realizará en la fecha antes determinada, se deberán rendir las pruebas relativas al efecto y el Juez deberá resolver en la misma audiencia la solicitud de entrega del menor en adopción. Se expresa, que no podrá suspenderse ésta, ni continuarse en audiencias posteriores, por faltar el informe u otras pruebas solicitadas por el tribunal.

**Notificación de la sentencia.** La sentencia definitiva <sup>128</sup> deberá ser notificada por cédula a las partes, en el domicilio que tengan consignado en el tribunal o personalmente en misma audiencia si es posible hacerlo.

**Oficio al SENAME.** Una vez ejecutoriada la sentencia será puesta en conocimiento del SENAME, para que esta institución ingrese al menor en el registro nacional de menores en condiciones de ser adoptados.

**Recursos.** Un problema de interpretación se presenta con los recursos que proceden en contra de la sentencia. El artículo 17 de la ley, concede el recurso de apelación, para cuando, se acoja o se rechace la declaración de susceptibilidad de adopción del menor, pero nada dice de los otros procesos previos. Sin embargo, el artículo 67 <sup>129</sup> de la Ley N° 19.968 contempla el recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de primera instancia, las resoluciones que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación (requisito que se cumple en este caso) y mayor aún,

<sup>127</sup> Se aprecia otra diferencia con el procedimiento ordinario, que dice en un plazo no mayor a 30 días, aquí se fija una fecha menor para no dilatar innecesariamente.

<sup>128</sup> Al hablar la ley de sentencia definitiva se define claramente que esta gestión se ventila como un juicio propiamente tal.

<sup>129</sup> A las que, en la especie, le serían aplicables las disposiciones del artículo 2° de la ley N° 19.620.

permite deducir el recurso de casación en la forma en los casos que proceda.

De lo anterior, se concluye que existe ambigüedad, sobre la procedencia de los recursos, más, en aplicación del principio del interés superior del niño y especialmente el principio de subsidiariedad, se debe interpretar la norma en el sentido de permitir el recurso de apelación. Criterio que a su vez nos exige <sup>130</sup> aceptar la procedencia del recurso de casación en la especie.

### **Entrega del menor antes de su nacimiento.**

De un modo excepcional, podrá iniciarse el procedimiento de entrega del menor, antes de su nacimiento, pero deberá regirse por los siguientes requisitos:

**Solicitud.** Deberá ser siempre patrocinada por el SENAME o una institución acreditada, y en caso de presentarse una mujer sin patrocinio, se debe suspender el procedimiento y remitir los antecedentes al SENAME <sup>131</sup>.

**Tramitación.** Una vez iniciado el procedimiento, deberá el juez iniciar los trámites que correspondan, entre los cuales estimo que se deben incluir:

Intentar ubicar al padre del menor en la medida de lo posible, incluso realizando la notificación mediante avisos en el Diario Oficial <sup>132</sup>.

Decretar las diligencias tendientes a comprobar que la madre (los padres) no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente del menor, solicitando los informes correspondientes en caso de que el SENAME aún no los hubiere acompañado.

**Ratificación.** Desde que nace el menor, la madre tendrá un plazo de 30 días para ratificar la decisión de entregar al menor en adopción, la cual si no se realiza se tendrá por desistida.

Si la madre fallece en el intertanto, bastará la declaración inicial de entrega.

**Citación a audiencia de juicio.** Una vez ratificada la voluntad, el juez citará a una audiencia de juicio para el quinto día <sup>133</sup> „ <sup>134</sup>.

**Sentencia.** Se deben rendir las pruebas pertinentes en caso de haber oposición y el juez deberá dictar sentencia en la misma audiencia, la que deberá ser notificada por cédula a las partes, si no fue posible hacerlo en la misma audiencia.

<sup>130</sup> La Jueza titular del Juzgado de Letras de Menores de San Bernardo, Doña Alba Llanos Melussa, opina que el gran defecto de la ley -a parte de las notificaciones- es que la ley acoge nuevamente el recuso de apelación, el cual, dilata excesivamente el proceso, porque se debe realizar casi, nuevamente, el procedimiento, con rendición de prueba inclusive.

<sup>131</sup> El objeto de esta medida es evitar que existan intermediarios que se aprovechen del estado de vulnerabilidad de la mujer embarazada para inducirla a entregar al menor en adopción.

<sup>132</sup> Esta interpretación se basa exclusivamente en el principio de subsidiariedad, que debe informar la interpretación de la norma.

<sup>133</sup> No se contempla aquí la audiencia de preparación.

<sup>134</sup> Estimo que deberían ser citados ambos padres si se conoce su domicilio.

**Recursos.** Sobre los recursos que caben sobre la sentencia, hago referencia íntegramente a lo dicho respecto del proceso de entrega del menor en adopción <sup>135</sup>.

**Procedimiento previo para cuando el menor es un descendiente consanguíneo del solicitante de adopción (artículo 8 letra b).**

Este procedimiento previo, no sufrió ninguna modificación, por lo que no merece comentarios al respecto. Me remito a lo que había señalado con anterioridad en este trabajo <sup>136</sup>.

**Procedimiento previo de declaración de susceptibilidad de adopción de la letra C del artículo 8.**

Pueden iniciar el procedimiento:

Juez de oficio.

Personas naturales o jurídicas, que tengan a su cargo el menor.

- Si es iniciado por instituciones públicas o privadas debe ser firmada por su director.

- Si es persona natural, deberá entregar el correspondiente certificado de idoneidad entregado por el SENAME o uno de los organismos acreditados para ello.

Por el SENAME, el que además, será el único legitimado en caso de no tener el menor, una filiación determinada (respecto de ambos padres).

**Tramitación.**

Inmediatamente de iniciado el trámite de susceptibilidad de adopción deberá el juez de familia –en el más breve plazo- citar a las siguientes personas para una audiencia preparatoria (trámite obligatorio si la filiación estuviere determinada):

- Los padres del menor (se deberá citar personalmente).

- Otros consanguíneos del menor hasta el tercer grado en la línea colateral (citándolos por carta certificada).

Eventualmente si el juez lo estima necesario:

- Al menor.

- Aquellas personas que tengan bajo su cuidado el menor.

- Todos quienes, pudieren aportar antecedentes y que hubieren sido nombrados en la solicitud.

El objeto de la citación, es que estas personas expongan lo que sea conveniente para los intereses del menor y para oponerse si desean a la solicitud de declaración de susceptibilidad de adopción del menor.

En caso de no tener domicilio conocido estas personas, deberá el juez dirigir oficios al Servicio de Registro Civil e Identificación y al Registro Electoral, a fin, que informen el domicilio que estas personas, tienen anotados en sus registros.

---

<sup>135</sup> Ver esta materia en la página 169 y siguientes de ésta memoria.

<sup>136</sup> Ver lo expresado en la página 129 y siguiente de esta memoria.

## V.- PROCEDIMIENTOS DE ADOPCIÓN DE LA NUEVA LEY DE TRIBUNALES DE FAMILIA.

---

De no establecerse el domicilio, en caso de no ser habidos o si no tiene el menor filiación determinada, deberá el juez ordenar la notificación de éstos mediante la publicación de un aviso en el Diario Oficial, los días 1° ó 15 de cada mes<sup>137</sup>.

La notificación de la audiencia de preparación, se realiza, bajo el apercibimiento de:

- Presumirse el consentimiento del notificado, en orden a que, el menor sea declarado susceptible de ser adoptado, en caso de no asistir a la audiencia.

- Se les considerará rebeldes, (en caso de no asistir a la audiencia) por el solo ministerio de la ley y todas las resoluciones les surtirán efectos, desde que se pronuncien.

**Audiencia de preparación.** La audiencia de preparación, se verificará entre el décimo y el décimo quinto día posterior a la presentación de la solicitud, o desde el inicio del procedimiento de oficio<sup>138</sup>.

En la audiencia de preparación deberán las partes aportar sus pruebas si lo desean, asimismo se pueden acompañar los informes<sup>139</sup> emitidos por el SENAME u otro organismo acreditado.

El Juez deberá persuadir, para que se acrediten los presupuestos legales que la ley dispone, para que el menor sea declarado como susceptible de ser adoptado (artículo 12 de la Ley); Además y con especial énfasis, deberá resolver la veracidad de:

Imposibilidad de disponer de otras medidas, que permitan la permanencia del menor en su familia de origen (principio de subsidiaridad).

Ventajas que la adopción representa para el menor (principio de interés superior del niño).

En el evento de no existir oposición, y existir antecedentes que permitan formar plena convicción de los hechos, el juez deberá dictar sentencia en la audiencia de preparación.

**Audiencia de juicio.** En caso de existir oposición o que falten antecedentes para comprobar los hechos o para formarse el Juez plena convicción, deberá citar a una audiencia de juicio, la que se realizará al cabo de quince días, desde la audiencia preparatoria y las partes quedarán citadas por el solo ministerio de la ley.

La audiencia de juicio oral se realizará y se rendirán las pruebas tendientes a acreditar los requisitos exigidos por la ley.

**Sentencia.** Luego deberá el juez dictar sentencia en la audiencia de juicio<sup>140</sup>.

La sentencia deberá notificarse personalmente en la audiencia respectiva, a los

---

<sup>137</sup> En esta publicación, se deberá incluir la mayor cantidad de datos que permita identificar al menor.

<sup>138</sup> Surge la duda respecto de que sucede, si no se tiene domicilio de los padres, se debe fijar igualmente la audiencia en estas mismas fechas.

<sup>139</sup> Estos informes bastarán para acreditar las circunstancias requeridas para declarar la susceptibilidad.

<sup>140</sup> Nótese que no se establece la limitación que dispone el artículo 9 N°5 inciso 2° según la cual, no se puede seguir el juicio en sesiones continuas, por lo tanto, se debe aplicar el procedimiento general de la Ley N° 19.968, que si lo permite.

consanguíneos que hayan comparecido al proceso.

En su defecto deberá notificarse, por carta certificada en el domicilio que conste en el proceso.

Luego, deberá ser puesta en conocimiento del SENAME para que incluya al menor en el registro nacional de menores en condiciones de ser adoptados.

**Recursos.** Sobre la sentencia que declare al menor susceptible de ser adoptado o la que lo deniegue, procede el recurso de apelación en el solo efecto devolutivo <sup>141</sup>.

Si la causa no estuviere patrocinada por el SENAME y no fuere apelada procede el trámite de la consulta.

El problema se suscita, con la procedencia del recurso de casación, pues hasta antes de entrar en vigencia las modificaciones de la ley N° 19.968, no existía duda en la doctrina sobre la no procedencia del recurso de casación. Este criterio se funda en que de acuerdo al artículo 37 de la Ley N° 16.618, en los juicios de menores sólo son admisibles los recursos de apelación, queja y la Ley N° 19.620 no contempla el recurso de casación.

Luego, el problema se presenta, con las modificaciones realizadas con la Ley N° 19.968, en la cual, se dispone que se aplicará supletoriamente en lo no dispuesto en la ley. Al respecto el título III de la Ley N° 19.968, que en su artículo 67 contempla el recurso de casación en la forma en contra de la sentencia definitiva de 1° instancia <sup>142</sup>.

El artículo 67, de la Ley N° 19.968 permite, que se acojan los recursos señalados en el Código de Procedimiento Civil, siempre que no resulten incompatibles con los principios de procedimiento que contempla la propia ley.

En conclusión con las reformas realizadas por la ley de Tribunales de Familia, procede el recurso de casación, lo cual es lamentable porque atenta con el principio de celeridad que informa los procesos de adopción.

#### **4. Procedimiento de constitución de la adopción conforme a la Ley N° 19.968.**

La ley, ratifica que el procedimiento de adopción tendrá el carácter de no contencioso, en el que no será admisible la oposición (artículo 23).

**1. Juez competente.** Se dispone asimismo, que será competente para conocer el procedimiento de adopción el Juez de Letras con competencia en materias de familia del domicilio del menor.

#### **2. Requisitos de la solicitud.**

La solicitud de adopción debe ser firmada por todas las personas que señalan los artículos 20, 21 y 22 de la ley, es decir:

Ambos cónyuges, si lo solicita un matrimonio.

---

<sup>141</sup> El recurso gozará de preferencia para su vista y fallo.

<sup>142</sup> Cambia el marco regulatorio, porque al no ser ya, la ley N° 16.618 la que se aplica en forma supletoria, no se puede seguir utilizando el mismo criterio para rechazar el recurso de casación.



El soltero (a), divorciado (a) o viudo (a).

El viudo que acredite la intención del cónyuge adoptante muerto, en orden a, adoptar conforme al artículo 22 de la Ley N° 19.620.

- Junto a la solicitud, se deben acompañar los documentos que señala el artículo 23 de la ley, entre otros:

- Copia íntegra, de la inscripción de nacimiento de la persona que se pretende adoptar.

-Copia autorizada, de la resolución judicial que declara que el menor puede ser adoptado.

-Informe de evaluación de idoneidad física, mental, psicológica y moral de los solicitantes emitido por las instituciones autorizadas por el SENAME o bien el mismo SENAME.

-Recibida la solicitud, deberá el juez verificar si se han cumplido los requisitos legales, a saber, entre otros:

Si el menor es de aquellos que pueden ser adoptados, es decir, si se encuentra en la nómina correspondiente.

Si los solicitantes, poseen la idoneidad para adoptar (lo que se acredita, mediante certificado emitido por el SENAME u organismo acreditado para ello).

Si se acompañaron los documentos requeridos y la solicitud fue firmada por los futuros adoptantes.

### **3. Tramitación:**

Una vez acreditados los supuestos anteriores, el Juez deberá acoger a tramitación la solicitud y deberá además:

-Ordenar que se agreguen los antecedentes del proceso previo de susceptibilidad de adopción.

-Citar a los solicitantes, a la audiencia preparatoria.

-Citar al menor en su caso, para que preste su consentimiento<sup>143</sup>.

### **4. Audiencia preparatoria.**

Esta se llevará a cabo entre el quinto o el décimo día desde la presentación de la solicitud. Los solicitantes deberán asistir, con sus antecedentes de idoneidad y otros medios de prueba que tengan por objeto:

Acreditar las ventajas y beneficios que la adopción reporta al menor.

-El juez podrá decretar de oficio las diligencias que estime necesarias para acreditar esta situación, para que sean rendidas en la audiencia de juicio.

-Si en la audiencia de preparación, se encuentran acreditadas las ventajas y beneficios que la adopción reporta al menor, el Juez podrá resolver la solicitud en dicha audiencia.

---

<sup>143</sup> En caso de ser menor adulto, y además cuando en función de la edad y madurez del menor sea posible recibir su opinión.

### **5. Audiencia de juicio.**

En caso de haberse ordenado diligencias para acreditar las ventajas y beneficios que reporta la adopción al menor, el juez deberá citar a una audiencia de juicio, la cual, se verificará dentro de los quince días siguientes a la audiencia de preparación.

En esta se rendirán las pruebas correspondientes y las diligencias no rendidas a la fecha de la audiencia de juicio, se tendrán por no decretadas.

Luego, el Juez deberá dictar sentencia sin más trámite.

### **Notificación de la sentencia.**

Esta se debe notificar, personalmente en la audiencia de preparación de juicio o en la audiencia de juicio, según sea el caso, o en su defecto por cédula en el domicilio que conste en el proceso.

### **Recursos.**

En contra de la sentencia procede el recurso de apelación, el que tendrá preferencia para su vista y fallo, y su tramitación se realizará conforme a las reglas de los incidentes.

Sobre el recurso de casación, nos remitiremos a lo anteriormente expresado en este trabajo <sup>144</sup> sobre la procedencia del recurso de casación, respecto de los procesos previos de adopción.

---

<sup>144</sup> Ver página 178 y siguientes.

## VI.- NORMAS DE CARÁCTER INTERNACIONAL QUE REGULAN LA ADOPCIÓN.

Desde inicio del siglo XX, se han ido forjando una serie de esfuerzos en el ámbito internacional por la protección de la infancia y la regulación de la adopción. Estos esfuerzos se vieron manifestados en diversas expresiones normativas, las cuales, sin embargo, en su mayoría no pasaron de ser bellas declaraciones de intenciones.

Entre los hitos en el desarrollo de las normas internacionales que regulan la infancia y la adopción, pueden mencionarse los siguientes:

-Año 1913 se da nacimiento a la idea de crear una asociación internacional para la protección de la infancia.

-Año 1919 la Sociedad de las Naciones crea el comité de protección de la infancia

-Año 1923 la Unión Internacional de Auxilio al niño, promueve la dictación de la declaración de Ginebra, la cual contiene cinco principios.

-Año 1924 se adopta por la Sociedad de las Naciones, la declaración de derechos del niño conocida como la declaración de Ginebra.

-Año 1927 en Latinoamérica 10 países suscriben el acta de fundación del Instituto Iberoamericano del niño.

-Año 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas celebra la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la que se tratan, tangencialmente, los derechos del niño.

-Año 1959 (20 de noviembre) la Asamblea General de las Naciones Unidas, promulga la Declaración de los Derechos del Niño, la cual se compone de diez grandes principios, pero que en la práctica no tuvo importancia real porque no impuso obligaciones a los estados.

-Año 1974 se promulga la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en estado de emergencia (Resolución 3318).

-Año 1979 proclamación del año internacional del niño.

-Año 1986 (3 de diciembre) la Asamblea General de las Naciones Unidas, crea el marco jurídico sobre adopción y hogares de guarda (Resolución 4185).

-Año 1989 (20 de noviembre) se promulga la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños.

-Año 1990 se realiza la cumbre mundial de presidentes a favor de la infancia.

-Año 1993 (29 de mayo) se celebra la Convención de la Haya sobre la Protección del niño y la Cooperación en Materia de Adopción.

## **Convenciones internacionales ratificadas por Chile.**

No solo, porque forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, tienen importancia estos tratados, sino también, porque reflejan los criterios de carácter universal sobre la protección de la infancia.

Además, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5º, inciso 2º, de la Constitución Política de la república de Chile, la soberanía nacional, reconoce como limitación expresa el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana que se encuentran garantizados en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes<sup>145</sup>.

El artículo 29 de la Ley Nº 19.620, dispone que la adopción internacional, se sujetará cuando corresponda a las convenciones y a los convenios internacionales que los regulen y que hayan sido ratificados por Chile.

### **Convenios y tratados ratificados por Chile:**

Convención Internacional de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Esta convención fue aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas, el día 20 de noviembre de 1989, en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos. Consta de 54 artículos, los cuales regulan cuatro categorías de materia:

---

<sup>145</sup> Esto ha llevado a que autores como José Luis Cea Egaña, consideren estas normas, como supraleales.

Derecho a la supervivencia.

Derecho al desarrollo.

Derecho a la protección.

Derecho a la participación.

La importancia de la Convención, radica en la obligatoriedad de sus disposiciones para los estados que la adoptan.

La Convención fue suscrita por Chile el 26 de enero de 1990 y fue publicada en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990.

Convención de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción.

Esta convención fue celebrada el 29 de mayo de 1993, consta de 48 artículos, fundamentalmente regula las garantías necesarias para que la adopción se realice teniendo en cuenta siempre, el Interés superior del Niño.

Establece un sistema de principios y garantías que pretende:

a) Prevenir la sustracción y tráfico de niños.

b) Desarrollar un sistema de cooperación basado en la distribución de responsabilidad entre las autoridades centrales de los estados de origen y de recepción. Promulgada mediante decreto número 1218 publicado el 4 de octubre de 1999.

c) Garantizar que la salida de un menor para su adopción, se realice con seguridad.

d) Establece un control, sobre la obtención de beneficios indebidos.

e) Establece un compromiso de seguimiento, sobre la adaptación del menor en la nueva familia.

Esta convención fue suscrita por Chile en 1999, y fue promulgada mediante decreto número 1218, publicado el 4 de octubre de 1999.



## CONCLUSIONES

La adopción considerada como un fenómeno complejo, que abarca diversas figuras, como lo es de protección, de acogimiento, de vía jurídica para entregar un beneficio de amparo, y en su carácter más complejo, como una fuente de vínculos de filiación, aún es, una materia poco desarrollada en nuestro medio. Esto se debe quizás, a la poca impronta que aún mantiene el Derecho de Familia en el sistema jurídico chileno y con mayor razón, el derecho de menores, que desde siempre ha sido considerado como “el hermano pobre de las ramas del derecho”, tanto por su juventud, como por su complejidad, que muchas veces requiere la interdisciplinariedad para la omnicomprensión de los asuntos debatidos, como también, por la escasa retribución económica que reciben aquellos que dedican sus esfuerzos al estudio de esta especialidad.

La falta de abundantes recursos bibliográficos, que ilustran la materia, a diferencia de otros institutos de conocimiento del jurista, como el derecho común o privado, hizo que la realización de la presente memoria, se convirtiera cada día en un desafío mayor. Pero quizás donde, se evidencia de mejor manera, la escasez de juristas dedicados al tema, es en la pobre recopilación de jurisprudencia que existe, sobre figuras tan importantes como la filiación adoptiva, que hoy por hoy, constituye junto a la filiación natural y a la que proviene de las técnicas de fecundación asistidas, todo el universo de origen de la filiación de nuestra sociedad, nuestros orígenes, desenlace y desarrollo.

Pues bien, realizadas estas aprensiones, corresponde desarrollar las conclusiones a las que he arribado, una vez finalizada la memoria de grado, las cuales he decidido clasificarlas del modo que sigue:

Positiva evolución del sistema legal chileno en el régimen de adopción.

Críticas y aspectos deficientes de la normativa vigente.

Comentarios de la ley que insta los Tribunales de Familia, en el sistema jurídico chileno.

El abandono y su falta de regulación integral.

La mayoría de las conclusiones que ahora expondré, se encuentran repartidas en el desarrollo de la memoria, por lo tanto, esta instancia sólo servirá de recuento y breve recopilación de ellas.

### **Positiva evolución del sistema legal chileno en el régimen de adopción.**

La adopción tuvo desde su origen, como objetivo primordial, la satisfacción de los grupos dominantes de cada cultura, especialmente, de aquellos que teniendo recursos y una posición social relevante, carecían de fertilidad. Así vimos, que en la cultura romana, se le concibió como el medio idóneo de perpetuar la estirpe, en aquellos casos, en que por razones biológicas o el mero capricho, se debía escoger en vida, al sucesor de la familia.

Cumplió también la finalidad religiosa, de permitir la continuación de la adoración y culto de los antepasados.

Al ser una institución creada en beneficio casi exclusivo de los adoptantes, se buscó siempre que fuera lo más parecida posible, a la filiación natural, es decir, se persiguió la imitación perfecta de la naturaleza, y desde allí, se justifica la necesidad de diferencia de años y las reglas que mediante el secreto obligado, evitaban el desprestigio público por la impotencia o infertilidad de los padres.

Estas influencias, de gran arraigo en nuestras instituciones, se vieron manifestadas en los resabios moralistas que Bello imprimió en los institutos del derecho de familia, pero que, en defensa de su prestigio, eran las ideas imperantes en la América del siglo XIX. Esto quizás repercutió en la falta de acogida que tuvo la adopción o profijamiento en el Código Civil de 1857.

A falta de regulación en el Código Civil, apareció la ley 5.343, que consagra la figura de la adopción-contrato, en la cual, la voluntad de las partes fue preponderante para el nacimiento de la relación de adopción, pero que prontamente cayó en desprestigio por su escasa técnica legislativa, juntamente con el uso ilegal de la figura para crear vínculos allí, donde otra circunstancia los impedía.

Luego apareció, la figura de la adopción clásica o común que por su simpleza y ventajas comparativas como figura de protección, se mantuvo vigente hasta casi iniciarse el nuevo siglo que estamos disfrutando.

Los influjos dogmáticos y la impronta de un buen legislador jurista de la época, permitió que fuéramos el segundo país en Latinoamérica, luego de Uruguay, en disponer de una figura que entregara al adoptado, la calidad de hijo legítimo de los adoptantes, a través, de la ley N°16.346.



---

Norma ésta que, sin embargo, fue rápidamente derogada y reemplazada, tras 24 años de vida, por incluir procedimientos engorrosos y poco prácticos, por la ley N° 18.703, que incluyó el régimen dual de adopción, pero que también fracasó al no tratar, adecuadamente, la adopción internacional.

De este recuento histórico, llegamos a la dictación de la ley N° 19.620, que se enmarca en un periodo de fuertes cambios introducidos al derecho de familia, especialmente por la ley N° 19.585, que otorgó igualdad a los hijos que nacen dentro y fuera del matrimonio, siempre que su filiación este determinada, y dio paso al fin, a la tan anhelada concordancia legal-constitucional, que estaba en pugna desde antaño.

La nueva ley, acogió los influjos internacionales que rigen la adopción y puso especial énfasis, en la prioridad que tiene la familia de origen en el cuidado y crianza de los menores de edad; adoptó las recomendaciones en torno a la creación de un sistema público centralizado, que fiscaliza el proceso de adopción y permite la participación de particulares, a través, de los llamados terceros institucionalizados u organismos acreditados por la entidad pública, para que participe en todo el proceso de adopción; se puso énfasis en el respeto del interés superior del niño, como noción marco que orienta todo el estatuto de adopción; establece sanciones que desincentivan la perpetración de delitos relativos al tráfico de menores; establece mediante un complejo sistema de notificaciones que se cumpla en la medida de lo posible, con el debido proceso. En la medida de lo posible, porque muchas veces y en el caso sub-lite, el derecho no puede franquear barreras éticas que contraponen derechos que el legislador no se decide a privilegiar, como es, el derecho de la mujer a reservarse la identidad del padre biológico del menor, cuando no ha sido reconocido éste previamente; regula también de un modo bastante acertada la ley, la separación de procesos, que impide el lucro y la extorsión de la familia de origen; recoge una aspiración de años, relativa a aceptar que personas solteras, siempre y cuando no existan matrimonios interesados en adoptar, puedan adoptar creando vínculos de filiación, lo que denota una amplitud de criterio, que va alejando ya por fin, de nuestra idiosincrasia la noción que estimaba que sólo la familia matrimonial es digna de respeto y que expresaba que, los otros tipos de vínculos no matrimoniales, debían ser abolidos.

#### **Críticas y aspectos deficientes de la normativa vigente.**

Sin embargo, tiene la ley, vacíos importantes que han despertado sus mayores críticas, éstas se manifiestan principalmente, en la falta de un adecuado control sobre la entrega de menores para su futura adopción, ¿que trámites debe ordenar el Juez, en el caso de las entregas prenatales?, ¿Se deben realizar diligencias tendientes a identificar al padre?, ¿cómo se cerciora el juez que la mujer no esta sufriendo de un síndrome de depresión post parto que la lleva a tomar decisiones apresuradas?, ¿cuándo se entiende que los padres están inhabilitados para ejercer el cuidado del menor conforme al artículo 12 N°1 de la ley? ¿la naturaleza no taxativa del artículo 42 de la ley N° 16,618 atenta contra el principio de subsidiaridad?, ¿se puede constituir una relación de adopción en favor de los abuelos del menor, estando los padres vivos y no inhabilitados? ¿Cuánta eficacia tiene en estos casos, la autonomía de la voluntad? ¿Se justifica la facultad del juez de resolver en contra de la voluntad del menor adulto? ¿de qué manera se protege el interés superior del menor una vez constituida la adopción? ¿ no existe ningún medio

de control posterior?.

Variadas son al respecto, las interrogantes, y sin duda la Jurisprudencia las deberá resolver. Mientras tanto, permiten fundar las casi únicas críticas, de la legislación vigente

**Comentarios sobre la ley que instaura los Tribunales de Familia, en el sistema jurídico chileno.**

La ley que instaura los Tribunales de Familia, es una reforma de dimensiones, en nuestro Derecho. Recoge los influjos de los sistemas modernos, que entregan énfasis a la celeridad del proceso, la desformalización de los actos, la intermediación judicial. Todos elementos, que en su conjunto, permitirán humanizar los procesos, que a esta fecha, son constitutivos de ácidas críticas.

Conlleva la creación de numerosos estrados, con magistrados de judicatura especializada, lo que en sinfonía con las recientes reformas del derecho de familia, como la modificación de la ley de matrimonio civil, que de paso eliminó el fraude procesal de las nulidades y contempla un sistema de protección integral de la infancia y el cónyuge más débil, permitirán que las normas sustantivas, se vean efectivamente resguardadas en el proceso.

Sobre nuestra materia, contempla la nueva normativa un proceso más ágil y expedito, menos formal y con mayor participación del juez. Reconoce la importancia de la adopción y le asigna un procedimiento especial, con tramites y plazos especiales. Mas, yerra a mi parecer, al contemplar la procedencia del recurso de casación sobre la sentencia de primera instancia. Esto influirá sustantivamente en el retraso de las causas de adopción, por lo menos, hasta que se normalice el retraso en el vista de los recursos que existe en la Región Metropolitana.

**El abandono y su falta de regulación integral.**

Durante el desarrollo de la memoria, se reveló la falta de una adecuada reglamentación del concepto de abandono en nuestro sistema jurídico. Pese a ser el abandono un fenómeno que tiene implicancias en variadas instituciones, que afecta a distintas personas (matrimonio, filiación, hijos, adopción, entre otras) vemos que el abandono tiene una serie de repercusiones que revela la falta de una regulación integral del fenómeno.

Las disposiciones aisladas que existen sobre la materia no permiten construir una estructura lógica de la materia, que nos autorice a emitir soluciones congruentes y armoniosas en las distintas instituciones, en que el abandono se hace presente. Lo anterior, se hace especialmente necesario, para dar cumplimiento a la exigencia de los tratados internacionales que ha ratificado Chile y que nos exige llevar adelante el proceso de adopción dentro del marco del debido proceso, que se respeta sólo, cuando existen normas claras, que denotan los casos de excepción, en que un menor podrá ser entregado a una familia de acogida para su adopción.

# BIBLIOGRAFÍA

## Enciclopedias.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, argentina 1977.

ENCICLOPEDIA UNIVERSAL SOPENA. “Diccionario Ilustrado de la Lengua Española”. Editorial Ramon Sopena, S.A. Madrid, España, 1984.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Diccionario de la Lengua Española”. Editorial Espasa Calpe. Vigésima edición. Madrid, España, 1984.

## Documentos de internet.

SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL. “La adopción internacional, condiciones básicas interés superior del niño y cooperación internacional Centro internacional de referencia para la protección del niño en la adopción”. Disponible en internet:

<http://www.protestand.ch/ong/ssihome.nsf/5b178c12130cca4ec1256492005565a7/abb94164f5242>

SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL. “Una convención en el interés superior del niño”

Disponible en internet:

<http://www.protestand.ch/ong/ssihome.nsf/e11046861a013ab900256416005da776/5468ad00dc03>

## **Documentos normativos.**

CÓDIGO CIVIL, Décimo sexta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 2004.

CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN.

CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

LEY 5.343. Publicada el 06 de enero de 1934.

LEY 7.613. Publicada el 9 de octubre de 1943.

LEY 16.346. Publicada el 20 de octubre de 1965.

LEY 18.703. Publicada el 10 de mayo de 1988.

LEY 19.620. Publicada el 05 de agosto de 1999.

REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS DERECHO DE MENORES”. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2000.

## **Folletos.**

MINISTERIO DE JUSTICIA CHILE. “Folleto La adopción en Chile una familia para un Niño”. S/A.

MINISTERIO DEL TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, DIRECCIÓN GENERAL DE ACCIÓN SOCIAL DEL MENOR Y LA FAMILIA. “Folleto explicativo del Convenio de la Haya relativo a la Protección del niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional”. Ediciones Arias Montaña. Madrid, España, 1999.

## **Libros**

- 
- ALCALDE RODRÍGUEZ, ENRIQUE. "Los Principios Generales del derecho". Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile, Marzo de 2003.
- ALVAREZ CRUZ, RAÚL. "La filiación y otras Reformas al Código Civil". Ediciones Alfabeto Artes Gráficas, 1999.
- ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. "La filiación y sus efectos". Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2003.
- BAVESTRELLO BONTÁ, IRMA. "Derecho de menores". 2º Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago de Chile, Mayo de 2003.
- BARRIENTOS GRANDON, JAVIER Y NOVALES ALQUÉZAR, ARANZAZU. "Nuevo Derecho Matrimonial Chileno". Segunda edición. Editorial Lexis-Nexis. Santiago de Chile, Agosto de 2004.
- CAPITANT HENRI. "Vocabulario Jurídico". Ediciones de Palma. Buenos Aires, Argentina, 1986.
- CLARO SOLAR, LUIS. "Explicaciones de Derecho Civil y Comparado". Volumen I de las Personas. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1978.
- CORRAL TALCIANI, HERNAN. "Familia y derecho, estudios sobre la realidad jurídica de la familia". Colección jurídica Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, 1994
- CORRAL TALCIANI, HERNAN. "Adopción y filiación adoptiva". Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2002.
- COURT MURAZO, EDUARDO. "Nueva ley de matrimonio Civil". Editorial Legis. Universidad Adolfo Ibáñez. Colombia, 2004.
- ETCHEVERRY, ALFREDO. "Derecho Penal parte especial". Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1998.
- FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO. "Persona, Pareja y Familia". Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1995.
- GONZÁLEZ MORAGA, MARCELA. "Derecho Procesal de Menores". Ediciones Jurídicas. Segunda edición. Santiago de Chile, 2000.
- LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. "Matrimonio Civil nuevo régimen". Editorial librotecnia. Santiago de Chile. Octubre de 2004.
- MARTINIC GALETOVIC, MARIA DORA Y OTROS. "Instituciones de Derecho de Familia". Editorial Lexis Nexis. Santiago de Chile, 2004.
- MAZEAUD HENRI, LEÓN Y JEAN. Derecho Civil, parte I volumen III. Ediciones jurídicas Europa América. Buenos Aires, Argentina, 1959.
- MESSINEO, FRANCESCO. "Derecho Civil y Comercial". Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, Argentina, 1979.
- MEZA BARROS, RAMON. "Manual de Derecho de Familia". Colección de manuales Jurídicos Nº 67. Santiago de Chile, 1979.
- RAMOS PASOS RENÉ. "Derecho de Familia". Editorial jurídica de Chile. Tercera edición. Santiago de Chile. Septiembre de 2000.
- ULRIKSEN RAMOS, GERMAN. "Derecho de menores procedimientos y formularios". Editorial Jurídica la Ley. Segunda edición. Santiago de Chile. Agosto de 2003.
- WEINSTEIN WEINSTEIN, GRACIELA. "Familia y personas, Comentario de la Ley

18.703 del 10 de mayo 1988 que establece nuevas normas sobre adopción de menores”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1991.

## **Memorias.**

- ARRAIGADA PAVEZ, NORA. “Adopción constituida por personas solteras”. Universidad de Talca, 2003.
- CHAUCON OJEDA, DANIEL ALFREDO y otro. “Nuevo Régimen adoptivo chileno”. Universidad Finis Terrae. Facultad de Derecho, 2002
- GLASINOVIC GÓMEZ, MILITZA y otro. “La adopción en Chile, evolución histórica y análisis de la nueva ley que rige la materia”. Universidad Finis Terrae. Facultad de Derecho, 2002.
- ILLANES RAMIREZ, MARIA PAZ. “El proceso de adopción”. Universidad Católica de Valparaíso. Escuela de Derecho, 2002.

## **Revistas.**

- FUEYO LANERI, FERNANDO. “Notas sobre legitimación adoptiva o adopción plena ante una perspectiva de reforma legislativa”. Revista Gaceta Jurídica Nº 45. Editorial Jurídica Conosur. Marzo de 1984.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS MARICRUZ. “Interés Superior del Niño”. Gaceta Jurídica Nº 238. Editorial Jurídica Conosur limitada, 2000.
- RODRÍGUEZ QUIROZ, AMBROSIO. “Nuevo régimen de adopción”. Revista de actualidad jurídica Nº1. Enero de 2000.
- Revista la Semana Jurídica. Año 4 Nº 200, semana del 6 al 12 de septiembre de 2004.
- RAMOS PASOS, RENÉ. “Las nuevas normas de adopción”. Revista de derecho, 2000.
- Otros.
- SECRETARIADO GENERAL SSI CENTRO INTERNACIONAL DE REFERENCIA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO EN LA ADOPCIÓN. “Derechos del niño y adopción nacional e internacional”. S/R.