



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

ANÁLISIS CRÍTICO DEL SISTEMA DE ADOPCIÓN EN CHILE

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

ALONSO ESTEBAN MUÑOZ TAPIA

Profesor Guía: **Gissella López Rivera**

Santiago, 2016

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	3
INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I: ANÁLISIS DE LA ADOPCIÓN EN CHILE A LA LUZ DE ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS	8
1. RÉGIMEN VIGENTE EN CHILE EN MATERIA DE ADOPCIÓN.....	8
2. CARACTERÍSTICAS DE LA ADOPCIÓN EN LA LEY CHILENA.....	14
3. PRINCIPIOS Y DERECHOS INVOLUCRADOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ADOPCIÓN	17
4. REVISIÓN CRÍTICA DE LA LEY N° 19.620	36
CAPÍTULO II: ADOPCIÓN CÓMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE LA INFANCIA: REVISIÓN CRÍTICA DE LA FUNCIÓN EN LA PRAXIS DEL RÉGIMEN DE ADOPCIÓN	42
1. EXPLICACIÓN DEL PROBLEMA Y SUS CAUSAS	42
2. CONSECUENCIAS DE LA DESNATURALIZACIÓN DE LA ADOPCIÓN	51
3. INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SU CONFLICTO CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU USO EN EL RÉGIMEN DE ADOPCIÓN.....	54

CAPÍTULO III: DESAFÍOS DE UN NUEVO RÉGIMEN EN MATERIA DE ADOPCIÓN	66
1. NECESIDAD DE UNA REFORMA INTEGRAL AL RÉGIMEN DE ADOPCIÓN CHILENO	66
2. DESAFÍOS EN MATERIA DE ADOPCIÓN	70
3. PROPUESTAS Y POSIBLES SOLUCIONES.....	90
CONCLUSIONES	94
BIBLIOGRAFÍA	97

RESUMEN

El actual sistema chileno de adopción de menores adolece de importantes deficiencias que devienen una aplicación irregular e impropia de la institución, que la aleja de los supuestos para los cuales fue concebida. Esto se debe principalmente a las propias falencias del sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes. La amplitud con la que el supra principio del interés superior del niño se encuentra consagrado y la inexistencia de un marco normativo único en materia de medidas de protección de derechos de la infancia, generan una aplicación excesiva de medidas que implican la separación del niño de su núcleo familiar, lo que vulnera principalmente su derecho a la identidad y de vivir en familia y que, a su vez, da pie a la apertura de procedimientos de adopción que en el esfuerzo de resguardar el interés superior del niño, tienden a ahondar la vulneración de esos derechos a causa de la inexistencia de una adecuada y completa ponderación de todos los principios y derechos que convergen en este tipo de procedimientos. Una adecuada protección del derecho a la identidad y del interés superior del niño requiere necesariamente de la aplicación subsidiaria de la adopción. En razón de lo anterior, se hace necesaria una reestructuración del sistema proteccional que implique modificaciones al régimen de adopción que permitan asegurar su correcta aplicación para los casos en que específicamente fue concebida. El presente ensayo contiene una revisión crítica de la legislación vigente de adopción de menores en Chile y avanza ciertos aportes para un eventual proceso de reforma, en atención a las necesidades actuales del país, especialmente un verdadero resguardo del interés superior del niño y la inclusión de los nuevos actores que irrumpen la concepción tradicional de la familia.

INTRODUCCIÓN

En la presente memoria, que se realiza bajo la modalidad de un ensayo, se realizará un análisis crítico de la adopción de menores en Chile, en razón de la importancia que debiera asumir esta institución como una herramienta de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Un análisis de estas características parte de la observación referida a que la legislación nacional cuenta con una débil regulación en materia de protección de derechos de los niños, especialmente si se consideran los numerosos casos de vulneración que han salido a la luz pública en el último tiempo. Esta situación da origen a la realización de un análisis profundo de una de las principales herramientas con las que cuenta el sistema de protección para resguardar el derecho de los niños a crecer en el seno de una familia con los mismos derechos y deberes que los de un hijo biológico.

Si bien la adecuación de la legislación nacional a los estándares establecidos en instrumentos como la Convención sobre Derechos del Niño y otros tratados internacionales ha generado un amplio desarrollo de la normativa que regula la adopción en Chile, se observa que a varios años desde la entrada en vigencia de la ley 19.620 es posible identificar una serie de falencias en el sistema, cuya influencia impide el cumplimiento efectivo de los objetivos existentes detrás de la verdadera naturaleza de la institución.

El objetivo del presente ensayo consiste en primer lugar en dar cuenta de la normativa que rige el sistema de adopción en Chile y, en especial, determinar los principales principios y derechos fundamentales que la conforman, para luego realizar un análisis crítico del sistema vigente a fin de evaluar el funcionamiento práctico de la institución. Sobre el particular, se anticipa como resultado que la realidad normativa del país en materia de protección de derechos de la infancia da origen a que la adopción cumpla funciones diversas de los fines para los cuales fue concebida y que esta desnaturalización de la adopción puede generar consecuencias muy negativas, especialmente en el derecho a la identidad.

El presente trabajo busca que el análisis normativo y estudio bibliográfico de diversos autores nacionales y extranjeros permita ir develando los aspectos básicos de la adopción de menores en Chile, lo que en primer lugar determinará cuáles son los fines detrás de la institución, para luego establecer, en abstracto, cuáles serían las condiciones ideales en la que debiese determinarse su aplicación. Lo anterior para que, en base al contraste del análisis normativo y doctrinario de la institución con la evidencia práctica de los problemas existentes tanto a nivel procesal como a nivel de instituciones colaboradoras en materias de adopción, se puedan proponer las bases de una eventual reforma al sistema vigente.

La justificación de un estudio de estas características radica en la necesidad urgente de enfrentar la situación de desprotección en que se encuentra un grupo de personas especialmente vulnerables, los niños, niñas y adolescentes, quienes en atención a su edad cuentan con características especiales que les impiden ser protagonistas e impulsores de los cambios normativos necesarios para asegurar su bienestar. Por ello, y a fin de que, en pos de una adecuada protección de los bienes jurídicos en juego, se busca en primer lugar identificar los derechos fundamentales involucrados en los procedimientos de adopción, para luego definir la normativa nacional e internacional aplicable, y así evitar que, en el afán de dar soluciones rápidas a situaciones de una importante gravedad, se lleguen a vulnerar otros derechos de igual o mayor relevancia, como muchas veces suele ocurrir.

Esto tiene una importancia radical, toda vez que la existencia de un bloque de derechos fundamentales que entran en constante colisión en los procedimientos de adopción y la preeminencia del supra principio denominado interés superior del niño, ha implicado que producto de una ponderación incompleta de todos los factores convergentes en esta materia, se genere una inadecuada aplicación práctica de la institución, que la aleja de los fines para los cuales fue concebida. Por ello, el estudio crítico de la materia propuesto en este trabajo, especialmente en lo referido a la eficacia de los procedimientos de adopción vigentes y la necesidad de ajustarlos a las necesidades actuales del país, parte de la base de la complejidad existente para abordar la problemática.

En efecto, esta dificultad se presenta de diversas maneras. En primer lugar, se observa que la adopción es una de las principales herramientas existentes en nuestro ordenamiento jurídico para tutelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Así, en el procedimiento de susceptibilidad de adopción se pueden resolver graves situaciones de vulneración de derechos, por las cuales es posible regular situaciones de hecho como vía preparatoria para una eventual adopción. Sin embargo, una de las complejidades típicas en este tipo de procedimientos está en el factor tiempo, pues durante su tramitación convergen una serie de factores adicionales que pueden ser perjudiciales para el interés superior del niño, por ejemplo, extensas permanencias en hogares de acogida o excesiva alteración del statu quo del niño que debe interrumpir sus actividades para asistir a peritajes y audiencias. Por otro lado, tampoco es posible ignorar la situación relativa a que en estos procedimientos coexisten una serie de intereses, muchas veces opuestos. A saber, el interés del Estado manifestado en el actuar judicial y de los organismos colaboradores, es resguardar el interés superior del niño, niña o adolescente. Por su parte, el interés de quien solicita la declaración de susceptibilidad de adopción o del adoptante es hacerse cargo del menor para integrarlo a su propia familia y, por otro lado, se encuentra el interés de los padres biológicos o de la familia extensa del menor de mantenerlo bajo su propio cuidado. De esta manera, a priori, es factible identificar por lo menos tres intereses diversos que pueden verse confrontados dentro de un procedimiento de adopción, lo que permite plantear la cuestión acerca de cuál debe ser el norte que debe guiar una decisión en esta materia. En definitiva, la complejidad para abordar y resolver la problemática radica en la existencia de diversos actores y la inobservancia de los criterios definidos en la legislación que delimitan la aplicación de la adopción.

Esta situación, sumada a la relevancia pública que han adquirido los casos de vulneración de derechos de los niños, ha despertado una preocupación de los órganos legislativos por las graves falencias que adolece el sistema actual de protección de derechos y la existencia de un número importante de situaciones que se encuentran fuera de la ley, como lo es la consagración legal de la existencia de nuevos tipos de familia. Esto ha permitido la generación de numerosas iniciativas de reforma integral del sistema de adopción en Chile. Sin embargo, se anticipa que el conflicto de bienes

jurídicos e intereses antes señalado es un aspecto fundamental a considerar para efectos de llevar a cabo una reforma integral al sistema de adopción chileno. Una reforma que no sea capaz de conciliar los distintos intereses que convergen en la institución de la adopción puede resultar muy perjudicial para los derechos de la infancia, por lo que el presente trabajo buscará dar respuesta a la necesidad de reformar el sistema a través de propuestas que se adecuen a los fines naturales de la institución, es por de un resguardo equilibrado de todos los derechos convergentes en la materia y la necesidad de legislar sobre una serie de situaciones que actualmente se encuentran marginadas de la regulación.

La presente investigación constará de tres capítulos. El capítulo primero se centrará en el análisis de la adopción en Chile a la luz de estándares internacionales de los Derechos Humanos, con el fin de determinar el régimen vigente en Chile en materia de adopción y sus características. El análisis normativo de la legislación nacional, sumado al de los distintos instrumentos internacionales que influyen directamente sobre su configuración, permitirá identificar cuáles son los principales principios y derechos involucrados en los procedimientos de adopción. En el capítulo segundo, se realiza una revisión crítica de la normativa y de cómo se aplica la adopción en la práctica, a fin de realizar un contraste entre los fines de la institución a nivel normativo frente al rol que efectivamente asume en la realidad. Finalmente, en el capítulo tercero se analizan los distintos desafíos que presenta la formulación de un nuevo régimen en materia de adopción, en particular, se evalúa la necesidad de una reforma integral en la materia y cuál debiese ser el contenido esencial de una nueva legislación, en consideración a la necesidad imperiosa de mejorar el sistema de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes y de incluir dentro del sistema de adopción a las nuevas formas de constituir familia amparadas por la legislación nacional.

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DE LA ADOPCIÓN EN CHILE A LA LUZ DE ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. RÉGIMEN VIGENTE EN CHILE EN MATERIA DE ADOPCIÓN

Del análisis histórico de la regulación de adopción en Chile, se puede concluir que antes de la entrada en vigencia de la ley 19.620 del 5 de agosto de 1999 no existía en Chile un verdadero sistema legal de protección capaz de satisfacer la necesidad real de dar a las personas carentes de un núcleo familiar un espacio para crecer y desarrollarse en plenitud.

En efecto, las leyes anteriores más relevantes fueron la ley N° 7.613 de 1943, la ley N° 16.346 de 1965 y la ley N° 18.703 de 1988. Ambas, actualmente derogadas¹, exhibían características que describían la institución de la adopción de una manera muy diferente a como es concebida en la actualidad.

La ley N° 7.613 de 1943, establece el denominado sistema de adopción clásica, por el cual, se plantea la adopción como un contrato solemne, celebrado por escritura pública, que producirá efectos patrimoniales y extrapatrimoniales entre adoptante y adoptado, sin que estos afecten a la familia del adoptante, y que requiere autorización judicial para ser celebrado, la que procederá sólo cuando la adopción ofrezca ventajas para el adoptado. Si bien esta figurada de adopción clásica crea relaciones análogas a la filiación legítima, es importante señalar que no constituía un estado civil, toda vez que el adoptado seguía vinculado a su familia de origen ya que los efectos del contrato sólo afectaban a los contratantes, lo que implicaba que el adoptado no formara parte de la familia del adoptante. Es decir, esta ley *“trataba del contrato de adopción que creaba entre adoptante y adoptado sólo ciertos derechos y obligaciones que establecía*

¹ Ley N° 19.620, Artículo 45.

la ley y no constituía estado civil (artículo 1°). En efecto, la adopción regulada por la ley N° 7.613 sólo establecía relaciones jurídicas entre el adoptante y el adoptado, pero no entre uno de éstos y la familia del otro (artículo 14, inciso primero) y, más aún, la ley declaraba que el adoptado continuaba formando parte de su familia y conservaba en ella todos sus derechos y obligaciones”².

Cabe señalar que incluso se planteaba como requisito de procedencia, por regla general, que el adoptante careciera de descendencia legítima al momento de la adopción. Además, a este contrato se le podía poner fin por la voluntad unilateral del adoptado dentro del plazo de 1 año de alcanzada la mayoría de edad, por mutuo disenso de los contrayentes, por la emancipación judicial del adoptado e incluso por la ingratitud del adoptado. Finalmente, esta ley se mantuvo en vigencia, con algunas modificaciones, hasta la promulgación de la ley N° 19.620.

Con la ley N° 16.346 de 1965 se observa un avance hacia la concepción de la adopción de una forma totalmente distinta. En efecto, esta norma establece la denominada “legitimación adoptiva”, la cual permitía conceder la calidad de hijo legítimo de los legitimantes adoptivos, con sus mismos derechos y obligaciones. Se plantea una noción de adopción de un carácter familiar, toda vez que en este caso sí se constituye un estado civil nuevo, estableciéndose la ficción legal de conferir al adoptado el carácter de hijo legítimo del matrimonio que lo legitima adoptivamente.

Esta institución sólo se aplicaba a personas menores de edad que estuvieran en situación de desprotección, esto es, niños abandonados, huérfanos o que no tuvieran padres conocidos. Además, el adoptado debía de haber estado bajo el cuidado de los legitimantes entre 2 y 4 años según su edad. La legitimación adoptiva se concedía mediante sentencia judicial, que tenía un carácter de irrevocable y que emanaba de un procedimiento en el que se evaluaban los requisitos y la conveniencia de la misma. La referida sentencia tenía como efecto que caducasen los vínculos del adoptado con su familia de origen, lo que implicaba la eliminación de la partida de nacimiento anterior.

² COURT MURASSO, Eduardo. *“Nueva ley de Filiación. Ley N° 19.585 Filiación y Derechos Sucesorios. Ley N° 19.620 de Adopción”*. Editorial Jurídica Conosur Limitada. Segunda Edición, Santiago (2000), p. 13.

Finalmente, existía también la ley N° 18.703 de 1988, la cual se limitó a regular la adopción de menores de edad, sin afectar el sistema de adopción clásica establecida en la ley N° 7.613, que mantuvo su vigencia junto a esta nueva ley. Básicamente, esta ley estableció un modelo dual de la adopción, dividiéndola en adopción simple y adopción plena.

La adopción simple estaba dirigida a personas menores de edad que se encontraban en necesidad de asistencia y protección o que carecían de los medios necesarios para subsistir. Sobre esta institución, se ha dicho que *“la adopción simple procedía respecto de menores de 18 años de edad que estuvieran en algunas de las condiciones que indicaba el artículo 6° de la ley y constituía una situación intermedia entre la adopción propiamente tal y una medida de protección del menor”*³. Efectivamente, la adopción simple, que también era decretada por sentencia judicial, tenía un carácter eminentemente transitorio, puesto que se extinguía por la mayoría de edad del adoptado. Considerando los supuestos de procedencia y el hecho que no modificaba el estado civil ni la filiación anterior, puede asimilarse a una especie de medida de protección.

Por su parte, la adopción plena vino a sustituir la legitimación adoptiva, por lo que esta ley derogó la ley N° 16.346. Este tipo de adopción *“tenía por objeto conceder al adoptado el estado civil de hijo legítimo de los adoptantes, con todas las consecuencias que ello importaba (artículo 1°, inciso tercero) y hacía caducar los vínculos de la filiación de origen del adoptado en todos sus efectos civiles, salvo los impedimentos para contraer matrimonio...”*⁴. Cabe señalar que, en gran parte, la norma replica la regulación de la legitimación adoptiva, pero con ciertas modificaciones en diversos puntos, que contribuyeron en perfeccionar la institución, tales como rebajar los plazos de tuición previa, que el abandono se determinara en un proceso judicial y que se creara un registro de la información relativa a la filiación anterior en vez de destruirla.

³ *Ibíd.*, p. 14.

⁴ *Ibíd.* p. 15.

En base a esta breve reseña histórica, se puede anticipar que, hasta el año 1999, además de los evidentes vacíos, no había un estatuto único que regulara la materia. En efecto, la existencia paralela de la adopción clásica junto al modelo de adopción dual por sí ya era confusa, toda vez que el régimen de la ley N° 7.613 se encontraba en un notorio desuso y junto a la asimilación de la adopción simple a una medida de protección, no abordaban la adopción con el carácter filiativo que hoy la caracteriza. Si bien la adopción plena se acerca a la adopción como la conocemos hoy, sin duda estaba muy lejos de satisfacer los requerimientos modernos en la materia. Es por ello que con la entrada en vigencia de la ley N° 19.620 surge recién un instrumento jurídico orgánico que resuelve de manera integral ciertas situaciones que no tenían antes solución en la ley. Además, fue la forma de dar cumplimiento, por parte del estado, a los compromisos asumidos en diversos instrumentos internacionales, a saber, Convención de Derechos del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica. La obligatoriedad de ceñirse a las normas establecidas en lo referidos instrumentos emana directamente de la Constitución Política de la República, que en el inciso segundo del artículo 5, establece que *“el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. La importancia de aquello radica en que estos instrumentos internacionales establecen un sistema proteccional transversal de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y contienen mandatos expresos a los estados y sus instituciones que los fuerzan a garantizar ciertos derechos específicos en diversas áreas de aplicación. En el marco de la institución de la adopción, estos cuerpos legales consagran una serie de principios y derechos que han servido de directriz general para la elaboración de las distintas legislaciones de la región, incluyendo por supuesto la ley chilena, que se somete expresamente a esta regulación.

A modo de ejemplo, el artículo 21 letra A de la Convención de los Derechos del Niño, en adelante la “Convención”, establece que *“Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y; a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada*

por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario". La importancia de este artículo no es menor, pues de partida establece un objetivo fundamental para la institución de la adopción, esto es, el interés superior del niño y, de paso, fija principios fundamentales que deberán observar los estados a la hora de regular la institución.

Esta consideración acerca de la adopción ha permitido la existencia de cierta uniformidad respecto a su regulación en Latinoamérica, lo que ha facilitado la comprensión de la transversalidad de la función que cumple esta institución como instrumento de protección de los derechos de la infancia, en el sentido de ser una herramienta para proveerles a los niños una familia que pueda hacerse cargo de ellos y satisfacer sus necesidades cuando carezcan de ella. Así, por ejemplo, en Colombia se le ha asignado a la adopción un rol preponderante como medida de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes⁵, entendiendo esto como *"...la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados"*⁶; en Perú, la adopción es considerada una *"medida de protección al niño y al adolescente"*⁷; y en Argentina se define como una *"institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales"*⁸.

En el caso chileno, la ley N° 19.620 redefine la adopción, afirmando la calidad del niño, niña y adolescente como un sujeto de derecho, cuyo bienestar es el objetivo principal de esta institución. Así, el inciso primero del artículo primero establece que

⁵ República de Colombia, Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1.098 del 8 de noviembre de 2006, Artículo 53, número 5.

⁶ *Ibíd.*, Artículo 50.

⁷ República de Perú, Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27.337 del 21 de julio de 2000, Artículo 115.

⁸ Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina, Artículo 594.

“la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”. El legislador, fiel a los compromisos internacionales referidos anteriormente, estableció el resguardo del interés superior del niño como finalidad de la institución y, en consecuencia, se configura como guía principal para todos los actores involucrados en los procedimientos relativos a la adopción, especialmente para los jueces de familia, quienes tienen actualmente la competencia para conocer de esta materia. Esta cuestión no es menor, toda vez que cobrará vital importancia al momento de enfrentar el problema de la ponderación que debiera hacer el juez de los diversos derechos fundamentales que normalmente entrarán en conflicto en este tipo de procedimientos.

Establecido el interés superior del niño como principio rector de la legislación vigente en materia de adopción, se observará a lo largo de este trabajo que la regulación de cada uno de los aspectos de la materia se nutren directamente de éste y, de esta manera, los procedimientos previos a la adopción, dirigidos principalmente a regular la declaración de susceptibilidad de adopción y determinar las personas susceptibles de ser adoptadas, los procedimientos de adopción propiamente tales, incluida la adopción internacional, y el sistema sancionatorio de las conductas contrarias a la reserva del procedimiento y las que impliquen una mercantilización de la adopción, se verán fuertemente influenciados principalmente por el interés superior del niño y, además, por el catálogo de derechos y deberes establecidos en los instrumentos internacionales mencionados con anterioridad.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA ADOPCIÓN EN LA LEY CHILENA⁹

Las características de la adopción en Chile, según se encuentra regulada en la ley N° 19.620, son las siguientes:

A) Es una institución de orden público

La adopción puede ser caracterizada como una institución de orden público desde dos puntos de vista. En primer lugar, en base a la importancia de los intereses jurídicos que están en juego en los procedimientos relativos a la adopción y la posición que le asignan las normas tanto nacionales como internacionales a los derechos de los niños, cabe sustraer del conocimiento particular las decisiones que deban tomarse en la materia. En otras palabras, el carácter de institución de orden público está dado por el carácter de orden público de las normas que la regulan. Por esta razón, la competencia para conocer de los procedimientos relativos a la adopción se encuentra radicada en los Juzgados de Familia¹⁰. De esta manera, se descartan modalidades de adopción que no hayan sido validadas previamente por el procedimiento establecido, como por ejemplo serían las entregas en adopción por los padres a persona determinada, práctica que se encuentra superada en Chile con la derogación de la ley N° 7.613 y en otras legislaciones, por diversos problemas que pueden producirse, tales como la existencia de incentivos para forzar la adopción o incluso el tráfico de menores¹¹. Esto en caso alguno significa que la participación de los particulares se encuentre prohibida o no sea relevante. Es más, como se verá más adelante, ésta resultará esencial a la hora de ponderar derechos e intereses comprometidos, pero la decisión final en la materia debe estar radicada en el juez.

Por otro lado, este carácter de institución de orden público se expresa por la intervención de organismos especializados del Estado que buscan asegurar una adecuada protección de los derechos de la infancia, Así, la ley N° 19.620 y su

⁹ Características de la A a la D identificadas en CORRAL TALCIANI, Hernán. *“Adopción y Filiación Adoptiva”*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 75-78.

¹⁰ Ley N° 19.620. Artículo 18.

¹¹ Vid. VILLALTA, Carla. *“Entregas, adopciones y dilemas en el campo de organismos destinados a la infancia”*. Revista de Estudios Femeninos. [online]. 2011, vol.19, n.1, pp. 103-123.

reglamento contemplan expresamente la existencia y participación de organismos acreditados que *“tengan entre su objeto la asistencia o protección de menores de edad, demuestren competencia técnica y profesional para ejecutar programas de adopción, y sean dirigidas por personas idóneas”*¹².

B) Es una institución de orden judicial

Como se dijo más arriba, la adopción y los procedimientos previos a ésta se encuentran entregados al conocimiento del juez de familia. En consonancia con el carácter de orden público de la institución de la adopción, es preciso que exista una sentencia judicial que declare la procedencia o improcedencia de la adopción. Sólo con un procedimiento previo que cumpla las normas mínimas del debido proceso, es posible que haya una adecuada ponderación de todas las circunstancias que inciden en este tipo de causas y de esta forma se pueda dar cabal cumplimiento a las exigencias que contempla la legislación para la determinación de una decisión sobre esta materia, en especial el resguardo del interés superior del niño.

C) Es una institución gratuita

Nuevamente, considerando los bienes jurídicos que inciden en la materia, existe una especial preocupación del legislador de evitar situaciones de riesgo que impliquen una *comercialización* de la vida humana, estableciendo la ley N° 19.620 sanciones penales contra quienes lucren con esta institución¹³.

D) Es una institución de carácter irrevocable

Una vez declarada la adopción por sentencia judicial firme, esta no puede ser dejada sin efecto por la mera voluntad de los interesados o de terceros, sin perjuicio

¹² Ley N° 19.620, artículo 6, inciso segundo.

¹³ Ley N° 19.620, artículo 42. *“El que solicitare o aceptare recibir cualquier clase de contraprestación por facilitar la entrega de un menor en adopción, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de diez a quince unidades tributarias mensuales”.*

de la acción de nulidad de la adopción, establecida excepcionalmente para aquellos casos en que esta haya sido obtenida por medios ilícitos o fraudulentos¹⁴. Nuevamente, considerando los derechos comprometidos en la materia, es preciso, en pos del resguardo del interés superior de niño, la existencia de un estado de seguridad jurídica que le permita desarrollarse dentro de la familia adoptiva. Al igual que la filiación que se da regularmente en una familia biológica, la adopción comparte el carácter de irrevocable. De ahí que existe el imperativo de que los procedimientos de adopción se apeguen a los estándares establecidos en la ley, puesto que, si en éstos se producen algún tipo de vicio o en ellos no se da cumplimiento acabado a las exigencias legales, las consecuencias compartirán este carácter de irrevocable, pudiéndose producir de manera definitiva y grave una perturbación de los mismos derechos que la ley pretende cautelar.

E) Es una institución en beneficio del adoptado

No es posible dejar de mencionar que la adopción *“procede siempre y cuando ella ofrezca ventajas para el menor adoptado”*¹⁵, lo que es coherente con la norma actual. La adopción es una institución configurada con el objetivo esencial de resguardar el interés del niño que carece de una familia que le provea los medios para su adecuado desarrollo. No es admisible una aproximación diversa, como lo sería por ejemplo un eventual “derecho a adoptar”, puesto que no es el sentido de la adopción satisfacer la necesidad de ser padre o madre de una persona o pareja, sino que el sentido es dar una familia a un niño que carece de ella. Este punto será analizado con mayor detalle en el último capítulo del presente trabajo.

Luego de este primer acercamiento a la adopción en Chile y sus principales características, corresponde identificar aquellas normas y principios que informan este

¹⁴ Ley N° 19.620, artículo 38. *“La adopción es irrevocable. Con todo, el adoptado, por sí o por curador especial, podrá pedir la nulidad de la adopción obtenida por medios ilícitos o fraudulentos. La acción de nulidad prescribirá en el plazo de cuatro años contado desde la fecha en que el adoptado, alcanzada su plena capacidad, haya tomado conocimiento del vicio que afecta a la adopción. Conocerá de la acción de nulidad el juez con competencia en materias de familia del domicilio o residencia del adoptado, en conformidad al procedimiento ordinario previsto en la ley que crea los juzgados de familia”.*

¹⁵ LARRAÍN ASPILLAGA, María Teresa, *“La adopción. Un análisis crítico y comparado de la legislación chilena”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago (1991), p. 82.

sistema y le dan contenido, a fin de determinar, en primer lugar, cuál es el objetivo real de la adopción, qué sujeto es el principal ente de protección y como consecuencia, qué derechos fundamentales deben prevalecer sobre otros y, finalmente, evaluar si la normativa nacional cumple de manera eficaz con los estándares internacionales en la materia.

3. PRINCIPIOS Y DERECHOS INVOLUCRADOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ADOPCIÓN

Tradicionalmente se ha definido la adopción, en su variante de adopción plena, como *“un acto judicial por el cual se confiere a una persona extraña la calidad de hijo legítimo de los adoptantes, desligándose de todo vínculo con la familia de origen”*¹⁶. También como *“una ficción legal, emanada de sentencia judicial, en virtud de la cual se confiere irrevocablemente el estado civil de hijo legítimo a un menor que, por regla general, no es biológicamente hijo de los legitimantes, para otorgarle los derechos e imponerle los deberes de tal estado civil en los casos y con los requisitos establecidos en la ley”*¹⁷. Estas definiciones pueden completarse con las características identificadas en el párrafo anterior, esto es, el ser una institución de orden público, eminentemente judicial y gratuita, cuyos efectos son irrevocables y que procede siempre en favor del adoptado.

Del ya citado artículo primero de la ley N° 19.620 y de la definición doctrinaria indicada, se puede desprender que la adopción es un mecanismo de tipo judicial, destinado a satisfacer determinados derechos que el ordenamiento jurídico tiene en especial consideración. Es decir, la institución de la adopción tiene un objetivo claro que la define, que está dado por ciertos estándares que el Estado debe garantizar a las personas, en el marco de las relaciones de familia. Es por ello que a partir de dicha norma y la normativa nacional e internacional que la inspiró y le sirvió de antecedente,

¹⁶ MEZA BARROS, Ramón. *“Manual de Derecho de Familia”*. Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago (1979), p. 643.

¹⁷ PINTO ROGERS, Humberto. *“La Filiación Adoptiva en el Derecho Chileno”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago (1970), p.54, en LARRAÍN ASPILLAGA, María Teresa. *Ibíd.*

es posible identificar un grupo de derechos especiales que informan y definen el sistema de adopción chileno, marcando una especie de contenido esencial sobre el cual se funda esta institución. Cabe reiterar que en primer lugar *“el fundamento actual de la adopción reside en la necesidad de otorgar una nueva familia a quien no cuenta con una que sea capaz de darle lo necesario para desenvolver su vida... No se trata de dar un niño a una familia sino, al revés, de dar una familia a un niño que carece de ella”*¹⁸. En otras palabras, el foco de atención de toda la normativa se centra en el derecho del niño, niña y adolescente a crecer en el seno de una familia para la realización plena de sus derechos, cuestión de vital importancia, pues, como se verá más adelante, sirve como máxima normativa que permitirá resolver todos aquellos conflictos que posiblemente se susciten en la materia.

A) Principio del interés superior del niño

El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su numeral primero que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Ya en el plano de la legislación nacional, este principio es recogido expresamente en el artículo 1 de la Ley N° 19.620 ya transcrito, que establece como objeto de la adopción el *“velar por el interés superior del adoptado”*.

En ambos cuerpos legales y, en general, en toda la normativa que involucra los derechos de los niños aparece este gran principio rector. Sin embargo, de las normas transcritas difícilmente se puede descifrar qué implica exactamente el interés superior del niño ni cuál es su alcance.

¹⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán, Op. Cit. p. 27.

En términos simples, el interés superior del niño ha sido definido como la *“la plena satisfacción de sus derechos”*¹⁹. Así, se configura como objetivo central no sólo para efectos de la adopción, sino que también para todo el sistema de protección de derechos de la infancia y el derecho de familia, tanto en el derecho nacional como internacional. Por ende, este principio debe servir de guía para los tribunales, las instituciones colaboradoras e incluso los órganos legislativos, quienes, al momento de tomar medidas que afecten a los niños, niñas y adolescentes, deben considerar la máxima satisfacción de sus derechos.

En efecto, *“...el interés superior del niño constituirá el criterio para determinar las medidas que hayan de adoptarse con relación a los niños privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación que sean más idóneas para satisfacer sus necesidades y facilitar el ejercicio de sus derechos, atendiendo al desarrollo personal e integral de los derechos del niño en su entorno familiar, social y cultural y su condición de sujeto de derechos, en el momento de proceder a esa determinación y a más largo plazo. En el proceso de determinación se debería tener en cuenta, en particular, el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta según su edad y madurez”*²⁰.

El interés superior del niño se presenta entonces como una directriz que orienta todo el sistema de protección de los derechos de la infancia, dentro de los cuales se enmarcan los derechos y principios que son parte de la institución de la adopción. Sin bien este principio representa precisamente el objetivo primordial que se persigue con esta institución, es necesario reconocer que la amplitud con la que se formula implica que, pese a existir una orden categórica respecto a cómo deben decidirse los conflictos que se susciten en la materia, no existe un alcance definido de lo que ello importa en concreto, lo que a priori da pie a que en su aplicación se originen diversos conflictos.

¹⁹ CILLERO BRUÑOL, Miguel. *“El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño”*, en *“Justicia y Derechos del Niño”*, Número 9, UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Santiago, Chile, agosto 2007, p. 134.

²⁰ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 2009. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. Naciones Unidas, Asamblea General, 11° periodo de sesiones, párrafo 6 bis, p. 5.

La amplitud de este concepto es indiscutible. A saber, *“La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas”*²¹. Por la manera en que se introduce el principio y la generalidad del concepto, en el marco de la aplicación de la ley en los conflictos que involucren los derechos de la infancia necesariamente será el juez quien se encargue de darle contenido a la norma. Es decir, será el juez quien determine cuál será el interés superior del niño para cada caso concreto. Si bien se puede determinar el punto de partida sobre el cual el juez deberá decidir, esto es, el respeto a las garantías y derechos que la normativa internacional y nacional aseguran a niños, niñas y adolescentes, la complejidad de su labor estará en determinar cuál de esos derechos debe primar por sobre otros, puesto que, normalmente, en cada caso estos derechos entrarán en conflicto unos con otros.

Establecida la configuración de este principio y la relevancia que tendrá en materia de adopción, cabe adelantar que el hecho que el principio del interés superior del niño sea un concepto tan amplio y genérico, implica que puede ser moldeado y ajustado caso a caso, lo que no permite contar con un criterio estático para la aplicación de la normativa. Si bien el principio implica la plena satisfacción de los derechos de los niños, ello por sí sólo no basta para resolver las complejas situaciones que se dan en los casos de susceptibilidad de adopción. Esto no significa que el interés superior del niño no deba ser el objetivo de toda decisión judicial, sin embargo, si esa decisión no considera todos los factores involucrados y si no existe una institucionalidad capaz de agotar todas las redes de apoyo en los casos de susceptibilidad de adopción, difícilmente se puede asegurar que el sistema de adopción vigente en Chile garantiza los derechos fundamentales de la infancia. Esto pues, si no existe una debida ponderación de todos los derechos que entrarán en conflicto en estos casos, realmente no puede decirse que se decide en pos de la plena

²¹ CILLERO BRUÑOL, Miguel. Op. cit., p. 126.

satisfacción de los derechos del niño. Un análisis más detallado de esta problemática será analizado en el segundo capítulo del presente trabajo.

B) Derecho a la identidad

La persona natural, entendida como un plexo de derechos y deberes, ocupa una posición especial en la sociedad que la sitúa como objetivo del Derecho. Esta posición se determina incluso antes del nacimiento²², pero cobra su máxima realización al momento de nacer²³, oportunidad donde se configuran las relaciones jurídicas más básicas del ser humano, sus relaciones de familia.

Es dentro de esta identificación del ser humano con una determinada familia el primer lugar en que se desenvolverá en la vida del Derecho, donde se construirán los primeros vínculos con otros individuos y donde además comenzará a formarse una identidad propia. En consecuencia, es posible evidenciar en cada individuo la existencia de una verdadera *identidad personal*, la cual ha sido definida como “*el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Esta identidad se despliega en el tiempo y se forja en el pasado desde el instante mismo de la concepción donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos, pero traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro*²⁴”.

Sobre esta identidad personal existe un derecho fundamental que emana de la propia naturaleza humana. En efecto, “*este derecho tiene su fundamento axiológico en la dignidad de la persona, y que es un derecho personalísimo, merecedor por sí, de tutela jurídica*”²⁵. De esta forma, es posible hablar de un verdadero derecho a la

²² Código Civil, artículo 75. “*La ley protege la vida del que está por nacer...*”

²³ Código Civil, artículo 74 inciso primero. “*La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.*”

²⁴ FERRARI, Miriam. “*Derecho a la identidad personal*”, p.60, [documento en línea] <<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/36d9710046e11ed29d189d44013c2be7/Derecho+a+la+identidad+personal.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=36d9710046e11ed29d189d44013c2be7>>. Argentina. [consulta: 20 mayo 2015]

²⁵ LÓPEZ RIVERA, Gissella. “*Análisis de la nueva legislación filiativa frente a los derechos esenciales del ser humano*”. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile, Departamento de Derecho Privado. Santiago, 1999, p. 114.

identidad, el cual se configura como *“el derecho subjetivo a la verdad personal, comprensivo del derecho a la verdad de origen y de la prerrogativa individual a la exacta representación de la proyección social singular. En suma, es el derecho al respeto de “ser uno mismo”²⁶”*.

A partir de la definición anterior es posible observar que este derecho a la identidad involucra un doble aspecto. Es decir, es posible distinguir una fase dinámica y una estática del derecho a la identidad. La fase dinámica se refiere a la proyección histórica de la persona. Hace referencia a las características propias que caracterizan al individuo y que provienen de sus vivencias y su historia personal, lo que da cuenta de la manifestación social de este derecho y que implica la proyección del sujeto frente a sus pares. En consecuencia, tiene que ver con *“como cada persona se va desenvolviendo a través del tiempo y según las circunstancias que vive; y por otro lado cómo esa persona es percibida y respetada por el resto de la sociedad”²⁷*. Por su parte, la fase estática del derecho a la identidad se refiere a todos aquellos atributos que permiten la identificación del individuo y la determinación del origen biológico de la persona. En otras palabras, se puede entender como la denominada verdad biológica, en relación a los propios orígenes del individuo.

De esta manera, dentro de la noción de identidad, en su fase estática, se puede observar que se manifiesta, por ejemplo, en algo tan simple como el nombre. El nombre es *“el conjunto de palabras que, en la vida social y jurídica, designa e individualiza a las personas”²⁸*. Sumado a la función de individualizar a las personas, el nombre tiene como trasfondo el hecho de albergar la noción de individuo, pero al mismo tiempo alberga una noción que posiciona al individuo dentro de la sociedad en su expresión más básica, pues cumple una función de *identificación* que permite asociar a cada individuo a una determinada familia. En otras palabras, algo tan elemental como el nombre forma parte del constructo de lo que significa efectivamente ser persona. Por ello *“la teoría hoy triunfante es la que sostiene que (el nombre) se*

²⁶ FERRARI, Miriam. Op. cit., p. 61.

²⁷ LÓPEZ RIVERA, Gissella. Op. cit., p. 114.

²⁸ VODANOVIC, Antonio. *“Manual de derecho civil, Tomo I, Parte Preliminar y General”*. Santiago, 4ª edición, Lexis Nexis, 2006, p. 227.

*trata de un derecho de la personalidad, esencial, necesario, un bien innato de las personas físicas*²⁹. Sin embargo, esta construcción del individuo vendrá aparejada de su construcción como ser social, que tendrá como escenario a la familia. Así, se puede establecer que el derecho a la identidad es uno de carácter complejo. Es un derecho que involucra aspectos tantos biológicos como sociales y que, a causa de esta complejidad, de éste se derivan una serie de otros derechos asociados, tales como el derecho a la identificación, el derecho a conocer el origen biológico, el derecho a la identidad familiar, el derecho a la sana y libre formación de la identidad personal y el derecho a transformar la identidad³⁰.

Este derecho de la personalidad se asocia directamente a la noción de identidad, esto es, a la respuesta de quién es la persona. Y esa respuesta sin duda debe hacer referencia a las relaciones de familia involucradas en el individuo, a las que le dieron existencia en este mundo y las que debiesen ser el núcleo básico en el cual éste se desenvolverá y desarrollará a lo largo de toda su vida. La importancia de este derecho radica en que *“determina lo que es el actual y posterior desarrollo de la personalidad, por lo cual, en la medida que sea respetado y protegido con mayor énfasis en la infancia, mejor será el desenvolvimiento de la personalidad que los niños puedan llegar a alcanzar”*³¹. De ahí que la noción de identidad esté fuertemente relacionada con la noción de familia, y por ello, es que existe una especial preocupación de los estados de protegerla y velar por su resguardo.

A saber, el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que *“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”*.

Por su parte, el artículo 8.1 de la señalada Convención expresa *“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad,*

²⁹ *Ibíd.*, p. 267.

³⁰ LÓPEZ RIVERA, Gissella. *Op. cit.*, p. 118.

³¹ *Ibíd.*, p. 115.

incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

Ya en el plano jurisprudencial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el derecho a la identidad como el *“el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”*³². *Es así que la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social*^{33 34”}.

Estos aspectos cobran especial relevancia para la institución de la adopción, toda vez que constituyen parte del contenido esencial de aquel conjunto de derechos que entrarán típicamente en colisión a lo largo de este tipo de procedimientos. En este sentido, una de las manifestaciones de la protección de este derecho en la legislación nacional es el carácter subsidiario que la ley le asigna a la adopción, el cual será analizado en detalle más abajo. Sin embargo, cabe adelantar que dicho carácter es una de las principales herramientas mediante las cuales se protege la identidad del niño sometido a susceptibilidad de adopción, pues implica que la adopción deba ser el último recurso a la hora de resguardar el interés superior del niño.

Otra forma de resguardar este derecho a la identidad es a través de la consagración del derecho a conocer la verdad biológica que se concede al adoptado. La única manera de asegurar que la adopción no implique una destrucción de la identidad previa del sujeto antes de ser declarada, es asegurando su derecho para que, una vez que alcance edad y madurez suficiente para ello, pueda investigar libremente sus orígenes y los antecedentes de su adopción, configurándose así un deber del estado y sus órganos de facilitarle los medios y las herramientas necesarias

³² Caso Gelman Vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 122, y Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232, párr. 113.

³³ Cfr. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador, ibíd.

³⁴ Caso Fornerón e Hija contra Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012. Fondo Reparaciones, párr. 123.

para aquello. Sobre el particular, cabe hacer referencia al inciso tercero del artículo 27 de la ley N°19.620, que establece que *“Para este efecto, cualquier interesado mayor de edad y plenamente capaz que tenga antecedentes que le permitan presumir que fue adoptado podrá solicitar personalmente al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informe si su filiación tiene ese origen”*.

Para destacar la importancia de una normativa que proteja el derecho a la verdad biológica, es preciso hacer referencia a cómo otras legislaciones han abordado el asunto. De este modo, cabe señalar la regulación que le da a la materia el Nuevo Código Civil de la República Argentina, toda vez que consagra expresamente y en detalle este derecho, a saber, *“El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos*.

Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos.

El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles.

Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente.

Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada”³⁵.

La norma transcrita representa la acuciosidad necesaria para resguardar este derecho, cuya importancia no se ve igualmente de ensalzada en la legislación chilena,

³⁵ Nuevo Código Civil y Comercial República Argentina, Artículo 596.

como se observa de la norma anteriormente transcrita. A mayor abundamiento, el inciso primero del artículo 3 del Reglamento de la Ley N° 19.620 establece que *“Las Unidades de Adopción del Servicio Nacional de Menores y los organismos acreditados pueden brindar asesoría y apoyo al adoptado, los adoptantes, los ascendientes y descendientes de éstos, que deseen iniciar un proceso de búsqueda de sus orígenes”*. Si bien existe un reconocimiento de este derecho, bien podría decirse que carece de alcance definido, cuestión que a la larga perjudica su efectividad y, además, está expresado en términos facultativos, pues señala que los organismos *pueden* brindar asesoría, siendo que debiese ser un mandato obligatorio para que estas instituciones presten su colaboración en el ejercicio de este derecho.

Finalmente, sobre el derecho a la identidad se puede concluir que *“A este estándar normativo que debe aplicarse a las contiendas en las que confluyen intereses diversos provenientes de los padres o de alguno de ellos y los hijos, hay que agregar ahora el derecho a la identidad, en su dimensión dinámica de conocer la historia personal y concretamente, dentro de lo posible, quiénes han sido los progenitores biológicos. Nos parece que es bueno no confundir ambas figuras jurídicas: el favor filii o interés superior del hijo y el derecho a la identidad que le puede asistir. En primer lugar, porque el derecho a la identidad, si se le reconoce como tal, es más que un simple y mero interés, y tiene la consistencia y garantía de un derecho fundamental de las personas o, en términos civiles, de un derecho de la personalidad. En segundo término, porque el derecho a la identidad corresponde a toda persona y no sólo a los menores de edad o niños, ni tampoco a los que invocan su estado filiativo. Debe recordarse que la noción de derecho a la identidad ha sido forjada para proteger primariamente la verdad de la persona proyectada en su vida social de distorsiones producidas por la libertad de información y de ahí se ha ido ampliando a otros ámbitos”*³⁶.

Esta última reflexión resulta especialmente relevante para entender el alcance y la importancia del derecho a la identidad. En efecto, *“la identidad es el resultado de*

³⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán. *“Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: Los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”*. Revista *lus et Praxis*, Año 16, N° 2, 2010, p. 65.

*la identificación y para identificar es necesario conocer. Debo saber el modo en que fui concebida, mi carga genética y la individualización de aquellos que me dieron vida*³⁷. Esta necesidad es más que un simple interés. No algo simplemente conveniente, sino que es un derecho fundamental del ser humano que incluso está por sobre el marco normativo especial de los derechos de la infancia. En concreto y respecto a la adopción, es importante entender que *“no se trata por tanto de que el menor adoptado pueda o tenga derecho a “recuperar” su filiación de origen repudiando la adoptiva. De lo que se trata más bien es de que el adoptado pueda conocerse a sí mismo, a través de la reconstrucción de su historia personal y de sus orígenes*³⁸, por ende, la garantía de este derecho en caso alguno se opone a los objetivos detrás de la institución.

C) Derecho a crecer bajo el seno de una familia

El régimen vigente en materia de adopción, materializado principalmente a través de la ley N° 19.620, parte con una premisa fundamental al reconocer el *“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*³⁹.

Pese a existir escasas referencias al concepto de familia en nuestra legislación positiva, esta institución ocupa un lugar fundamental dentro del ordenamiento jurídico. Como lo reconoce el Constituyente, *“La familia es el núcleo de la sociedad”*⁴⁰. Esta aseveración no es menor, pues constituye una premisa que envuelve toda normativa del Estado, en todas las áreas posibles, y además implica un mandato directo a las instituciones a reconocer la importancia de la familia en todo acto que corresponda a sus atribuciones. Tal es la importancia de esta institución que incluso el Constituyente va más allá, fijando el deber del Estado de propender al fortalecimiento de la familia⁴¹ y la garantía al respeto y protección a la honra de la persona y su familia⁴².

³⁷ LÓPEZ RIVERA, Gissella. Op. cit., p. 117.

³⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán. *“Adopción y Filiación Adoptiva”*. Op. cit., p. 70.

³⁹ Ley 19.620, artículo 1.

⁴⁰ Constitución Política de la República, artículo 1 inciso segundo.

⁴¹ *Ibíd.*, artículo 1 inciso quinto.

⁴² *Ibíd.*, artículo 19 número 4.

Este rol preponderante de la familia no sólo tiene consagración constitucional, sino que también es una pieza clave en el sistema internacional de protección de derechos, sobre el cual, como se dijo, el Estado chileno ha asumido el compromiso de dar cumplimiento a lo establecido en las diversas normas que lo integran.

A saber, el artículo 17.1 del Pacto de San José de Costa Rica establece que *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”*.

Por su parte, el Artículo 18.1 de la Convención de Derechos el Niño establece que *“Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”*.

A mayor abundamiento, el artículo 15.1 del Protocolo de San Salvador señala *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material”*.

Según las normas transcritas, no hay duda alguna de que la familia constituye una institución de carácter esencial, cuando nos referimos a las personas, toda vez que existe consenso de que es el espacio básico y elemental en el cual el ser humano puede desarrollarse en plenitud. Por ello, existe un reconocimiento transversal respecto a entender a la familia y la actitud del Estado frente a esta institución *“como medio prioritario en que debe desarrollarse el niño, niña o adolescente (NNA); afirman que el Estado debe propender a que la familia cumpla la función de cuidado del NNA y que, por ende, debe intervenir sólo cuando ella falle en su cometido”*⁴³.

Más allá de las consideraciones netamente jurídicas, cabe destacar el fundamental rol que la familia cumple en el desarrollo psicosocial de los niños. Existe un exhaustivo desarrollo académico en torno al efecto que tienen las interacciones

⁴³ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *“La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno”*. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 22, Julio 2014, pp. 201-202.

afectivas en las distintas etapas de la infancia, y se ha concluido que estas pueden llegar a ser fundamentales para la determinación de la identidad de la persona. En efecto, *“en términos de la relación entre estilos de apego y salud mental, existe un consenso de que la formación de un apego seguro es un factor predisponente para la resiliencia, la autonomía, la coherencia, las relaciones afectivas sanas y duraderas, el desarrollo de competencias comunicativas, y una buena capacidad para regular los afectos”*⁴⁴.

En fin, estas circunstancias jurídicas y psicosociales justifican la necesidad de que el ordenamiento se encargue de asegurar a los niños el derecho a crecer bajo el amparo de una familia, toda vez que esta institución básica de la sociedad será la única capaz de entregarle a cabalidad aquellas herramientas mínimas para su desarrollo.

D) Preferencia de la familia biológica

Siendo la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el espacio básico de desarrollo del individuo, cabe reconocer tanto en la legislación nacional como internacional la existencia de una preponderancia de preferir la permanencia del niño, niña o adolescente con su familia biológica versus la adopción de medidas tendientes a su separación. Esto tiene estrecha relación con la consagración del derecho a la identidad y al derecho a crecer dentro del seno de una familia, toda vez que la única forma de dar una real eficacia a estos derechos es precisamente velar por la cohesión del núcleo familiar por sobre todas las cosas, reconociendo la posibilidad de separación sólo en aquellos casos en que sea conveniente en virtud del ya referido *interés superior del niño*. Incluso para aquellos casos en que sea procedente la separación en pos de dicho interés, existen mecanismos de resguardo para la satisfacción de estos derechos, tales como la posibilidad de la familia de origen de intervenir en los procedimientos de adopción o bien, el antes referido derecho a investigar la verdad biológica.

⁴⁴ LECANNELIER ACEVEDO, Felipe. *“Apego y Adopción: Evidencias y recomendaciones”*, en *“Abriendo Caminos... 5to encuentro de Adopción”*. Fundación San José para la Adopción Familiar Cristiana. (2004), p. 26.

Incluso a nivel procesal, se hace imprescindible la participación de la familia de origen para evaluar de forma más completa la procedencia de la adopción, sobre todo considerando la permanencia de las consecuencias de su aplicación. *“La citación de los padres al procedimiento, tiende a resguardar los derechos del menor, ya que en la adopción existe la posibilidad de extinguir los vínculos del menor con sus padres...”*⁴⁵.

Dentro de la normativa internacional, el artículo 9 de la Convención señala *“El niño tiene derecho a vivir con uno o ambos padres excepto cuando se considere que ello es incompatible con el interés superior del niño. El niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres”*. Por su parte, el artículo 5 expresa que *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”*.

Ya centrándonos en el marco de la filiación adoptiva cabe adelantar algunas implicancias del alcance de este principio. A saber, establecido el carácter subsidiario de la adopción y la preeminencia del interés superior del niño en la materia, usualmente entrarán en conflicto estos principios orientadores, toda vez que precisamente sea la familia biológica el origen de una situación de vulneración de derechos que justifique la declaración de susceptibilidad de adopción, o bien, que la familia biológica no tenga las capacidades para hacerse cargo del menor. Esta situación evidencia la complejidad del asunto y, en definitiva, será clave a la hora de evaluar las principales falencias de la legislación vigente en la materia.

⁴⁵ BÍSCARO, Beatriz. *“La adopción y el derecho a la identidad a la luz de la Constitución Nacional”*. Revista Jurídica, 15, 2011. Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), p. 66.

E) Principio de la subsidiaridad de la adopción

La subsidiaridad de la adopción es un principio fundamental y constituye un mandato legal expreso que determina la procedencia de la adopción como mecanismo proteccional, sólo para aquellos casos en que han fallado todas aquellas medidas conducentes al resguardo de los otros derechos fundamentales que se aseguran a los niños, y siempre con el objetivo de velar por su interés superior.

El artículo primero de la Ley N° 19.620 es categórico al referirse a los supuestos que dan origen a la adopción. Como se observó previamente, que la definición legal de adopción se haga en función del objetivo concreto que persigue no es algo casual, toda vez que ésta persigue un fin determinado y tiene un supuesto de aplicación determinado, a saber, *“satisfacer sus necesidades espirituales y materiales cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”*.

Tal es la importancia del carácter subsidiario de la adopción que incluso, más allá de ser el encabezado de la misma, constituye además un criterio concreto y determinado para la actuación de los jueces en los procedimientos. Así, el artículo 15 inciso segundo de la ley N° 19.620 establece que *“El juez resolverá acerca de la veracidad de los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado, en especial la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del mismo en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él”*.

Se puede observar que el legislador va aún más allá en cuanto a dejar clara la relevancia de este principio, saliendo ya de lo meramente judicial, involucrando a los mecanismos auxiliares y redes de apoyo de la judicatura en esta materia. A modo de ejemplo, el artículo 8 del Reglamento de la Ley N° 19.620 establece que *“El programa de apoyo y orientación a la familia de origen del menor tendrá como objetivo fundamental constatar si ésta podría procurarle los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, de modo que, de no ser así, sus padres o aquél que lo haya reconocido en su caso preste su consentimiento en forma libre y responsable luego de haber sido debidamente informados de las consecuencias de su decisión y, en especial, de su irrevocabilidad, así como del procedimiento a seguir, en*

conformidad con los objetivos definidos para la adopción en el artículo 1º de la ley 19.620.- y en el artículo 21 letra a) de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”.

A mayor abundamiento, puede agregarse que la subsidiariedad de la adopción no es más que una consecuencia de la naturaleza misma de esta institución. En efecto, *“La adopción, al ser una medida del restablecimiento de los derechos de los menores de edad, es irrevocable. La razón de ello, es que a través de un proceso se demuestra que la familia de origen no está en condiciones de propender por el cuidado, respeto, amor y protección y, como tal se la declara no apta para seguir con el cuidado del menor de edad; como consecuencia se rompe todo vínculo con la familia de origen y pasa a formar parte de una nueva familia, de esta forma se realiza el derecho fundamental de todo menor de tener una familia. Por ello es inadmisibles que una vez que se han agotado todos los requisitos para que ésta sea procedente, se pueda revertir”*⁴⁶.

Finalmente, sobre el carácter subsidiario de la adopción cabe concluir que éste no es sólo un objetivo loable al que deben aspirar el legislador y los jueces en materia de adopción, sino que constituye un *mandato legal expreso*, que debe orientar la conducta de los organismos del Estado que intervienen en los procesos relativos a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Y este mandato es sumamente claro, pues establece un criterio fijo para el juez al momento de determinar la procedencia o improcedencia de la adopción o la susceptibilidad de adopción. *“Esta subsidiariedad de la adopción significa que ella sólo puede actualizarse como posibilidad jurídica cuando la familia biológica, sea nuclear o ampliada, no está determinada (es desconocida jurídicamente) o si se halla determinada, se encuentra impedida de contener en su seno al menor, en las condiciones mínimas que exigen su desarrollo físico y formación integral. También se produce cuando el grupo familiar rechaza al menor o los padres biológicos abdican de sus funciones y responsabilidades, de sus derechos-deberes paternos”*⁴⁷.

⁴⁶ BERNAL CRESPO, Sandra. “Los Derechos Fundamentales del menor adoptado frente a la irrevocabilidad de la adopción”. Estudios Constitucionales [online]. 2013, vol.11, n.1, [consulta: 10 enero 2015], p. 617.

⁴⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán. “Adopción y Filiación Adoptiva”. Op. cit., pp. 78-77.

F) Otros principios relevantes

No obstante haber analizado los principales derechos fundamentales que inciden en los procedimientos de adopción, es preciso detenernos en otros principios que sirven para *“orientar o guiar las actuaciones de las instituciones, tribunales, autoridades y órganos legislativos del país al momento de tomar medidas que afecten los derechos de los niños, niñas o adolescentes”*⁴⁸. Su importancia no es menor, pues serán especialmente relevantes a la hora de evaluar una eventual reforma integral.

En primer lugar, el ***principio de la inseparabilidad de los hermanos***, establecido en el artículo 23 inciso quinto de la ley N° 19.620, se construye como una herramienta de resguardo de otros derechos como el derecho a la identidad, pues precisamente implica que *“En caso de que dos o más menores que se encuentren en situación de ser adoptados sean hermanos, el tribunal procurará que los adopten los mismos solicitantes”*. La norma transcrita guarda armonía además con el resto del bloque de derechos protegidos, toda vez que en caso de que se declare la susceptibilidad y deba aplicarse la institución subsidiaria de la adopción, por lo menos se estará protegiendo la identidad del niño al ordenar al tribunal procurar que los hermanos no sean separados. *“Los hermanos que mantengan relaciones fraternas no deberían en principio ser separados para confiarlos a distintos entornos de acogimiento alternativo, a menos que exista un riesgo evidente de abuso u otra justificación que responda al interés superior del niño”*⁴⁹.

Otro principio relevante es el de ***preferencia de la familia matrimonial***. En virtud de este, es posible observar que la legislación prefiere como familia adoptiva del menor a las parejas casadas⁵⁰. A partir de una interpretación referida al contexto legislativo de la norma, esta situación podría explicarse por la intención del legislador de proveer al niño de una familia “estable”, que pudiera satisfacer sus necesidades

⁴⁸ CORTE SUPREMA. Oficio N° 141-2013, Informe proyecto de ley 39-2013, Boletín 9119-18. Cámara de Diputados, Legislatura 361ª, Sesión 94ª, 27 de noviembre de 2013, p. 95.

⁴⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Op. cit., párrafo 16, p. 7.

⁵⁰ Ley N° 19.620, artículo 20, inciso primero. *“Podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones a que se refiere el artículo 6º, que sean mayores de veinticinco años y menores de sesenta, y con veinte años o más de diferencia de edad con el menor adoptado. Los cónyuges deberán actuar siempre de consuno en las gestiones que requieran de expresión de voluntad de los adoptantes”*.

materiales y espirituales, cuestión que tradicionalmente es esperable de una familia unida formalmente ante la ley mediante el matrimonio. De este modo, podría entenderse que *“parece de sentido común que, si lo que se pretende es hacer expirar los vínculos de la familia biológica, ello se haga por su reemplazo por la más estable y sólida de las filiaciones: la matrimonial”*⁵¹. Sin embargo, no es menos cierto *“que la posibilidad que personas individuales sean titulares de la filiación adoptiva, da cuenta en cierto grado del reconocimiento que hace el legislador a otras formas de constituir esta unidad social denominada familia capaz de brindarle a sus integrantes la protección necesaria, en este caso al adoptado, reflejándose de este modo lo que antes se señalaba en cuanto a la transformación de las instituciones de Derecho de Familia y a la necesidad de percibir y responder a los cambios que la sociedad experimenta”*⁵².

En efecto, la realidad social actual plantea una serie de desafíos en la materia, sobre todo considerando los vertiginosos cambios que está sufriendo la legislación de familia en nuestro país. Si bien existe la posibilidad de que personas solteras o viudas puedan adoptar⁵³, queda mucho que recorrer en esta materia, principalmente en cuanto a la posibilidad de que los convivientes unidos mediante un *Acuerdo de Unión Civil*⁵⁴ sean considerados en un orden de prelación superior al de las personas solteras o incluso considerarlas en el mismo rango que las parejas casadas. Además, queda

⁵¹ CORRAL TALCIANI, Hernán. *“Adopción y Filiación Adoptiva”*. Op. cit., p.69.

⁵² CORTE SUPREMA. Sentencia de fecha 28 de febrero de 2012, en causa Rol N°9088-11. Voto de minoría, párrafo 4°.

⁵³ Ley N° 19.620, artículo 21. *“En caso de que no existan cónyuges interesados en adoptar a un menor que cumplan con todos los requisitos legales o que sólo les falte el de residencia permanente en Chile, podrá optar como adoptante una persona soltera, divorciada o viuda, con residencia permanente en el país, respecto de quien se haya realizado la misma evaluación y que cumpla con los mismos rangos de edad y de diferencia de edad con el menor que se pretende adoptar.*

Este interesado deberá, además, haber participado en alguno de los programas de adopción a que se refiere el artículo 7°.

Si hubiere varios interesados solteros o viudos que reúnan similares condiciones, el tribunal preferirá a quien sea pariente consanguíneo del menor, y en su defecto, a quien tenga su cuidado personal”.

⁵⁴ La Ley N° 20.830 que entró a regir a partir del día 22 de octubre del año 2015 instauró la institución denominada Acuerdo de Unión Civil para efectos de establecer un régimen regulatorio de las relaciones de hecho de parejas heterosexuales y homosexuales. Esta institución no deja de ser controversial frente a la temática de este trabajo, toda vez que si bien los convivientes se verán bajo un régimen similar al establecido en la ley de matrimonio civil, este Acuerdo de Unión Civil no genera ningún vínculo de filiación comparable a la filiación matrimonial, lo que ex ante implicaría una merma a la posible estabilidad familiar que ha servido de fundamento tradicional a la preferencia de los cónyuges como sujetos adoptantes, cuestión que se acentúa si se considera la cierta facilidad de poner término a dicho acuerdo. Sin embargo, como la Ley N° 20.830 no regula ningún aspecto relativo a la adopción, dicha problemática será diferida para cuando se someta a debate la inclusión de los convivientes como adoptantes preferentes por sobre las personas solteras, divorciados o viudas.

pendiente resolver todo aquello relativo a la adopción por parejas homosexuales, tema que se encuentra muy lejos de ser pacífico y que sin duda será un elemento importante al momento de legislar la reforma al sistema de adopción⁵⁵. Todas estas problemáticas serán analizadas en el capítulo 3 del presente trabajo.

Otro aspecto a destacar es el **derecho a ser oído**, consagrado por el artículo 12 de la Convención, que expresa que “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño 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”. Ya en el plano de la legislación nacional en materia de adopción, destaca el artículo 3 de la ley N° 19.620, que consagra expresamente este derecho. A saber, “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. Si fuese menor adulto, será necesario su consentimiento, que manifestará expresamente ante el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción, en relación con la posibilidad de ser adoptado, y en el curso del procedimiento de adopción, respecto de la solicitud presentada por el o los interesados. En caso de negativa, el juez dejará constancia de las razones que invoque el menor. Excepcionalmente, por motivos sustentados en el interés superior de aquél, podrá resolver fundadamente que prosiga el respectivo procedimiento”. La importancia de este derecho se encuentra en que impone al juez una obligación para el juez de considerar las opiniones del niño para decidir en estas materias, e incluso se configura como un requisito para la declaración de susceptibilidad de adopción y de la adopción propiamente tal cuando se trate de un menor adulto. Esta norma tiene una importancia radical en el sentido que reafirma el carácter de sujeto de derecho de los niños y

⁵⁵ Vid. LABRA, A Y ÁLVAREZ, M. E. “Gobierno se abre a trámite de adopción por parte de parejas homosexuales”. La Tercera. [En línea] 6 de julio de 2015. Recuperado en: <<http://www.latercera.com/noticia/politica/2015/07/674-637535-9-gobierno-se-abre-a-tramite-de-adopcion-por-parte-de-parejas-homosexuales.shtml>> Consultado el: 27 de julio de 2015.

asegura su participación en los procedimientos que influyen directamente sobre ellos mismos.

Finalmente, se pueden mencionar como otros principios relevantes el de **reserva relativa**⁵⁶, mediante el cual se privilegia el secreto del procedimiento a fin de evitar cualquier perturbación innecesaria tanto para el niño como para los adoptantes, y el de **preferencia de la adopción nacional**⁵⁷, por el cual se establece la subsidiariedad de la adopción por matrimonios no residentes en Chile y se entrega completamente a la jurisdicción nacional este tipo de procedimientos. Ambos principios cumplen una función vital para los procedimientos de adopción, en el sentido que permiten evitar una excesiva perturbación de la normalidad del menor. Sin embargo, como se señaló al analizar el derecho a la identidad, el carácter de reservado de este tipo de procedimientos cede en beneficio del adoptado, quien, en el ejercicio de sus derechos, tiene la facultad de acceder a la información relativa a su familia de origen y las circunstancias de su adopción.

4. REVISIÓN CRÍTICA DE LA LEY N° 19.620

Establecido en líneas generales el marco normativo en materia de adopción vigente en nuestro país, es preciso analizar las falencias de este sistema que han

⁵⁶ Ley N° 19.620, artículo 28. *“Todas las tramitaciones, tanto judiciales como administrativas y la guarda de documentos a que dé lugar la adopción, serán reservadas, salvo que los interesados en su solicitud de adopción hayan requerido lo contrario. En este caso, en la sentencia se dejará constancia de ello y no será aplicable lo dispuesto en la parte primera de este artículo.*

No obstará a la reserva las certificaciones que pidan al tribunal los solicitantes, durante la tramitación del proceso, a fin de impetrar derechos que les correspondan o realizar actuaciones en beneficio del menor que tienen bajo su cuidado personal”.

⁵⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 21, letra b). *“Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y; b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen”.*

Ley N° 19.620, artículo 30. *“La adopción de que trata este Párrafo sólo procederá cuando no existan matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile interesados en adoptar al menor y que cumplan los requisitos legales. Corresponderá al Servicio Nacional de Menores certificar esta circunstancia, sobre la base de los registros señalados en el artículo 5°.*

Con todo, el juez podrá acoger a tramitación la solicitud de adopción de un menor presentada por un matrimonio no residente en Chile, aun cuando también estén interesadas en adoptarlo personas con residencia permanente en el país, si median razones de mayor conveniencia para el interés superior del menor, que expondrá fundadamente en la misma resolución”.

motivado diversas iniciativas de reforma, que sin embargo no han logrado concretarse. Cabe adelantar que como la adopción es una herramienta destinada a resguardar los derechos de los niños, son ellos los que sufren directamente las consecuencias de un régimen deficiente, que no ha sido capaz de hacer frente a una realidad realmente oscura.

Si bien ya se ha mencionado en el párrafo primero la enorme importancia y los importantes beneficios que trajo consigo la promulgación de la ley N° 19.620, es evidente que durante su vigencia se han suscitado un sinnúmero de problemas y que claramente existen enormes vacíos legales que deben ser llenados.

A saber, se ha reconocido como uno de los principales problemas la excesiva dilatación de los procedimientos previos a la adopción. En efecto, *“durante el año 2012, el tiempo promedio de tramitación de las causas de susceptibilidad de adopción fue de 8 meses con 26 días, superando, respecto del 20% de las causas, largamente el año”*⁵⁸. Además, respecto a la situación de los niños durante la tramitación de estas causas ocurre que *“el tiempo promedio de permanencia en la red institucional de Sename, es de 2 años con 15 días”*⁵⁹. Esta situación no deja de ser grave, toda vez que una demora excesiva en la tramitación de un juicio de susceptibilidad de adopción puede implicar una institucionalización prolongada del niño, en la que lamentablemente se verá más propenso a ser vulnerado en sus derechos, cuestión que repercutirá enormemente en su desarrollo. Tanto es así, que *“una regla general, que ha sido señalada, es que por cada tres meses que un niño de corta edad reside en una institución, pierden un mes de desarrollo”*⁶⁰.

Esta afectación en el desarrollo del niño se produce en primer lugar por el hecho que dicha institucionalización privará al niño de la cercanía necesaria para generar vínculos de apego con la familia adoptante o su familia de origen, cuestión que dependiendo de su edad puede resultar muy perjudicial. Además, es un hecho público y notorio que los centros de acogida del país no cuentan con la infraestructura material

⁵⁸ Boletín relativo al Mensaje Presidencial N° 206-361, de fecha 2 de octubre de 2013, sobre Reforma Integral al Sistema de Adopción.

⁵⁹ Loc. cit.

⁶⁰ CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe de la Comisión Especial Investigadora del funcionamiento del Servicio Nacional de Menores (SENAME), 4 de marzo de 2014, p. 171.

ni humana para dar a los niños, niñas y adolescentes los cuidados mínimos para la plena satisfacción de sus derechos, e incluso han sido sede de graves vulneraciones de derechos⁶¹. Ante estas condiciones, es que se hace indispensable que el tiempo de permanencia en estas instituciones se reduzca al mínimo posible, pues una estadía prolongada en estos centros puede acarrear graves consecuencias.

Alguna de las razones de esta excesiva prolongación de los procedimientos previos a la adopción está dada por la dificultad de acreditar las causales de susceptibilidad de adopción. Sobre el particular, el artículo 12 de la ley 19.620⁶² establece como tales la inhabilidad física o moral de los padres para ejercer el cuidado personal, el hecho de no proporcionarle al menor la atención personal o económica que este requiere y la entrega del niño a una institución pública o privada de protección de menores o a un tercero, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales.

Estas causales adolecen de notorias deficiencias, tanto en la amplitud de su definición como en la reducida gama de situaciones que contemplan. Si bien existe una remisión expresa al Código Civil⁶³, dicha norma no permite establecer

⁶¹ *Ibíd.*, p. 173. El referido informe realiza una enumeración detallada de los problemas detectados en los organismos colaboradores y de administración directa del SENAME, de los cuales se evidencia la evidente deficiencia de la institución para satisfacer las necesidades de los niños, niñas y adolescentes que ingresan al sistema residencial.

⁶² Ley N° 19.620, artículo 12. *“Procederá la declaración judicial de que el menor es susceptible de ser adoptado, sea que su filiación esté o no determinada, cuando el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:*

1. *Se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal, de conformidad al artículo 226 del Código Civil.*

2. *No le proporcionen atención personal o económica durante el plazo de dos meses. Si el menor tuviera una edad inferior a un año, este plazo será de treinta días.*

No constituye causal suficiente para la declaración judicial respectiva, la falta de recursos económicos para atender al menor.

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

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.

Los que reciban a un menor en tales circunstancias, deberán informar al juez competente del hecho de la entrega y de lo expresado por el o los padres, o por las personas que lo tenían a su cuidado”.

⁶³ Código Civil, Artículo 226. *“Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés*

precisamente qué casos constituyen inhabilidad física o moral, dejando al juez un grado de discrecionalidad que no se concibe con el tipo de procedimientos en que deberán ser examinados ni con la importancia de los derechos fundamentales en juego. Adicionalmente y en relación a las causales de adoptabilidad, cabe destacar que tampoco existe exactitud respecto a qué constituye una “*atención personal o económica adecuada*”. Incluso, hasta puede llegar a ser un tema discutible el significado de entregar al menor a una institución “*con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales*”, en virtud de la serie de circunstancias que puede rodear a dicho suceso. Si bien toda causal puede ser controvertida en juicio, no es menos cierto que una falta de acuciosidad en la descripción de la misma, implica una demora innecesaria del procedimiento. Esta situación podría ser corregida mediante el establecimiento de plazos que acoten temporalmente las situaciones que dan pie a la susceptibilidad de adopción, como se da en el caso de Argentina⁶⁴.

Sumado al problema de la acreditación de las causales de susceptibilidad de adopción en juicio, se encuentra el problema de las dificultades que pueden aparecer en el proceso de notificación de las personas cuya comparecencia exige la ley. Sobre el particular, para efectos de la declaración de susceptibilidad de adopción, si es que se encuentra determinada la filiación del niño, se exige que se citen a los ascendientes de éste y a los otros consanguíneos hasta el tercer grado en la línea colateral⁶⁵. Esta

superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes”.

⁶⁴ Nuevo Código Civil y Comercial Argentino. Artículo 607. “*Supuestos de la declaración de susceptibilidad de adopción. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si:*

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

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

c. las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas.

La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste.

El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días”.

⁶⁵ Ley N° 19.620, artículo 14 inciso primero. “*Recibida la solicitud precedente, el juez, a la brevedad posible, citará a los ascendientes y a los otros consanguíneos del menor, hasta el tercer grado en la línea colateral, siempre que la filiación estuviere determinada, para que concurran a la audiencia preparatoria a exponer lo que sea conveniente a los intereses de aquél, pudiendo oponerse a la solicitud, bajo apercibimiento de que, si no concurren, se presumirá*

situación en la práctica da origen a una especie de investigación paralela centrada en ubicar a dichas personas, cuestión que implica una importante demora del procedimiento, sobre todo considerando el proceso de notificación contemplado en la ley⁶⁶, el cual contempla incluso la posibilidad que se notifiquen a los padres por avisos en el Diario Oficial, que es una forma de notificación bastante ineficaz, si se considera que el emplazamiento de los padres va en resguardo directo de los intereses del niño, en especial su derecho a la identidad.

Finalmente, este problema de los excesivos tiempos de tramitación de los procedimientos previos a la adopción se ve aún más intensificado por otras deficiencias del sistema, referidos especialmente a la institucionalidad encargada de la protección de los niños vulnerados. Si bien la ley contempla la existencia de organismos acreditados que deben asistir a las familias en la postulación para ser declaradas idóneas para adoptar, estos han fallado en dar una respuesta rápida y eficaz para la labor asignada, puesto que el tiempo promedio entre la postulación y la declaración de idoneidad en el año 2012 fue de 9 meses y 6 días, subiendo casi un año en el caso de aquellas familias que acogieron a una niña o niño menor de edad⁶⁷. Esta situación, sumada a las importantes carencias que sufren los hogares de acogida, demuestra que el Servicio Nacional de Menores no ha sido capaz de asegurar los derechos de los niños a su cargo, ni mucho menos hacer frente al flujo de casos que cada día sigue aumentando. Si bien es preferible que los procesos de declaración de idoneidad se hagan con un máximo de precaución y detalle, los tiempos antes mencionados son ejemplos de que no existe una institucionalidad capaz de hacer frente al problema con la celeridad adecuada. En definitiva, la falta de protección de

su consentimiento favorable a la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado. Asimismo, deberá citarse al menor, en su caso, a la o las personas a cuyo cuidado esté y a todos quienes puedan aportar antecedentes para una acertada resolución del asunto, que hubieren sido mencionados en la solicitud”.

⁶⁶ Ley N° 19.620, artículo 9, número 2. *“Si la solicitud sólo hubiere sido deducida por uno de los padres, ordenará que se cite a la audiencia preparatoria al otro padre o madre que hubiere reconocido al menor de edad, bajo apercibimiento de que su inasistencia hará presumir su voluntad de entregar al menor en adopción. En dicha audiencia podrán allanarse o deducir oposición respecto de la solicitud.*

La citación se notificará personalmente, si el padre o la madre tiene domicilio conocido. Para este efecto, si no se conociera el domicilio, al proveer la solicitud, el tribunal requerirá al Servicio Electoral y al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informen, dentro de quinto día, el último domicilio de dicha persona que conste en sus registros. De no establecerse el domicilio, o de no ser habido en aquél que hubiere sido informado, la notificación se efectuará por medio de aviso que se publicará en el Diario Oficial conforme a lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto del artículo 14”.

⁶⁷ Mensaje Presidencial N° 206-361, Loc. cit.

los niños vulnerados en su derecho a contar con una familia que los provea del afecto y cuidados necesarios para su desarrollo normal y la falta de la celeridad adecuada para atacar un problema de esta magnitud es la crítica principal al sistema vigente y la que ha motivado los principales proyectos de reforma.

CAPÍTULO II

ADOPCIÓN COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE LA INFANCIA: REVISIÓN CRÍTICA DE LA FUNCIÓN EN LA PRAXIS DEL RÉGIMEN DE ADOPCIÓN

1. EXPLICACIÓN DEL PROBLEMA Y SUS CAUSAS

En base al marco normativo analizado en el capítulo anterior, a priori, puede establecerse que la adopción es una pieza muy importante del sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes. Pese a tener sus características propias y supuestos de aplicación limitados, esta institución permite dar una respuesta definitiva a graves situaciones de vulneración de derechos que actualmente sufren miles de menores en Chile.

Sin embargo, y antes de analizar la función de la adopción como herramienta de protección de derechos propiamente tal, es preciso interiorizarse del sistema integral de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en general, para efectos de determinar el rol que asume esta institución como consecuencia de las notorias deficiencias de dicho sistema.

En base a la normativa citada en el capítulo anterior, podemos concluir que se establece un criterio general proteccional de la infancia centrado en el principio del interés superior niño, entendido este como la plena satisfacción de sus derechos. A su vez, se ha establecido el rol preponderante de la familia como institución fundamental de la sociedad y como el centro de desarrollo ideal para todo niño.

En este escenario, se han configurado una serie de derechos fundamentales de la infancia junto a una correlativa serie de deberes para los Estados de resguardarlos. Dicho de otra forma, se crea un núcleo fundamental de derechos cuya necesidad de protección da origen a una serie de conductas positivas que deben orientar la conducta

del Estado y sus órganos, siendo el interés superior del niño el motor principal de dicho sistema.

Por tanto, el Estado debe propender a la satisfacción plena de los derechos de niños, niñas y adolescentes, lo que implica que en resguardo de su interés superior deba tomar todas aquellas acciones positivas conducentes al restablecimiento de dichos derechos cuando éstos han sido vulnerados, procurando que las medidas destinadas a ese objetivo concilien en la mejor medida posible todos y cada uno de los derechos e intereses que convergen en cada caso.

Por ejemplo, en caso de una situación de vulneración grave, típicamente entrará en conflicto el derecho de un niño a vivir en familia con el deber del Estado de hacer cesar el conflicto que da origen a dicha situación para efectos de resguardar el derecho del mismo niño de crecer y desarrollarse adecuadamente. Puede ocurrir incluso que la causa de la vulneración tenga su origen precisamente el actuar negligente del núcleo familiar del niño, razón por la cual la actuación del Estado a través de sus órganos, debe estar en sintonía con el antes referido conjunto de derechos que ameritan protección especial y, por tanto, debe necesariamente considerar y resguardar todos y cada uno de estos derechos y circunstancias que dan contexto a la situación particular. En consecuencia y cómo ha quedado establecido a lo largo de este trabajo, se puede establecer a priori cuales debiesen ser los pasos a seguir en esta situación, de manera que se alcance esta consideración integral de todos los derechos en juego. Así, en primer lugar, podemos establecer que el Estado y sus órganos deberán intervenir sólo cuando la familia de origen no sea capaz de enfrentar la situación de vulneración. Luego, deberá considerar prioritariamente aquellas medidas conducentes a restablecer el equilibrio del hogar, generando instancias reales de acercamiento y tratamiento para mantener su unidad. Finalmente, y sólo cuando todas las otras medidas fallen, deben tomarse aquellas que importen la separación del niño del ambiente de vulneración, teniendo siempre como norte su interés superior. Sólo de esta manera se puede establecer que se cumple el rol que la legislación le asigna al Estado en materia de protección de los derechos de la infancia. En efecto, *“estas normas reconocen a la familia como el medio prioritario en que debe desarrollarse el*

*NNA; afirman que el Estado debe propender a que la familia cumpla la función de cuidado del NNA y que, por ende, debe intervenir sólo cuando ella falle en este cometido: y establecen por último que la separación del NNA de su familia debe ser la última medida a adoptar y siempre que su interés superior lo autorice*⁶⁸.

Sobre este último punto es preciso recalcar una situación que permite describir parte importante de los fines detrás del sistema de protección especial de los derechos de la infancia. A saber, si la separación del menor de su entorno familiar es la última medida a tomar por el juez, ello significa que éste debe agotar todas las posibilidades existentes para acercar a la familia de origen, sea nuclear o extensa, antes de resolver la internación del menor en un sistema residencial o alguna medida análoga. *“Del análisis de las normas internacionales y de la jurisprudencia regional reseñada, se desprende que la medida de protección puede consistir en el alejamiento del NNA de su entorno familiar y comunitario, a través de la denominada “institucionalización”, sólo cuando se hayan agotado todas las acciones positivas tendientes al fortalecimiento familiar y consiguiente permanencia en el núcleo fundamental de origen*⁶⁹.

Si bien puede ser que en situaciones críticas la derivación del menor al sistema residencial sea la única salida, esta medida debe ser tomada en el marco de un objetivo global concreto. No es posible validar el hecho de que la institucionalización se convierta simplemente en un medio para descongestionar los tribunales. Por ello, es necesario que dicha medida sea acompañada de otras que permitan garantizar que la primera dure el menor tiempo posible y así evitar las posibles vulneraciones a las que puede estar propenso un niño dentro del sistema residencial. En consecuencia, paralelo a la institucionalización, se hace indispensable que se someta a la familia de origen a un fortalecimiento de sus habilidades parentales o a un tratamiento de los impedimentos que previenen que puedan hacerse cargo del menor, o bien, que se inicien las gestiones para localizar a los miembros de la familia extensa que puedan y quieran hacerse cargo del niño, o en definitiva y cómo último recurso, realizar las

⁶⁸ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Op. cit., p. 202.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 204.

gestiones y pericias necesarias para efectos de ingresar al mismo al sistema de adopción lo más rápido posible y así agilizar el restablecimiento de sus derechos.

Así, es posible reconocer que *“...la preservación de la unidad familiar, desde la perspectiva del derecho, genera para las autoridades públicas competentes dos deberes: uno de abstención, que se traduce en la prohibición de adoptar medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos de los menores de edad. El otro deber es el de implementar acciones positivas, programas de apoyo, dirigidas a mantener y preservar la unidad familiar...”*⁷⁰.

Lamentablemente, si enfrentamos el actuar ideal del Estado con la realidad nacional, podemos anticipar como observación que el sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes se encuentra muy lejos de estar a la altura del desafío. En efecto, muchos de los criterios planteados a lo largo de este trabajo se han convertido simplemente en un mero objetivo loable, dejando en un segundo plano los criterios de actuación existentes para que el Estado y sus órganos resguarden los derechos de la infancia.

Esta situación queda en evidencia en el informe de la Comisión Especial Investigadora de la Honorable Cámara de Diputados, creada el 31 de julio del año 2013, con el fin de investigar diversas irregularidades evidenciadas en los organismos derivados del Servicio Nacional de Menores. En efecto, dentro de las circunstancias que se señalan como originarias de la investigación, queda en evidencia la forma en que el país se encarga de proteger los derechos de la infancia. Sobre esto, se señaló que *“UNICEF sistematizó un total de 381 cuestionarios aplicados a los niños, niñas y adolescentes en 2012, cuyos resultados arrojaron algunos casos de malos tratos en las residencias, tanto físicos como psicológicos, por parte de adultos responsables y de pares. Otro hallazgo es la existencia de situaciones de abuso sexual mientras se está al cuidado del sistema residencial, por parte de personas adultas de las*

⁷⁰ BERNAL CRESPO, Sandra. Op. cit., p. 616.

*residencias o por adultos en las visitas a las familias, como también por parte de otros niños, niñas y adolescentes*⁷¹.

Incluso, el problema se ve agravado con otro tipo de situaciones. Así, se señaló también que *“es del caso hacer hincapié que, además de los graves casos de abusos sexuales en contra de los NNA, se suman otras importantes vulneraciones a los derechos de los NNA, que van desde falta de atención en educación, salud física y mental, institucionalización prolongada e injustificada, declaraciones de susceptibilidad de adopción sin enlace, entre otras gravísimas vulneraciones*⁷².

El informe de la Comisión Investigadora permitió sacar a relucir a la luz pública una grave realidad, y el impacto que ha generado en la ciudadanía es reflejo de que el sistema de protección especial de derechos de la infancia sufre notorias deficiencias que hacen imposible que se haga frente de la manera adecuada a las innumerables situaciones de vulneración de derechos de que adolecen miles de niños en Chile.

Sumado a una infinidad de deficiencias institucionales que son producto de una importante carencia de recursos materiales y humanos, se han detectado una serie de falencias normativas y de funcionamiento judicial que dan cuenta de la realidad antes referida⁷³. La importancia de reconocerlas está en que, del hecho de determinar su existencia, se puede evidenciar la carencia de una estrategia clara respecto a la forma de abordar la protección de los derechos de los niños. Al no existir una estrategia clara, configurada por una normativa sólida y una institucionalidad fuerte, la decisión queda entregada en gran medida a los tribunales, los cuales a la hora de hacer frente a una situación de vulneración actuarán bajo criterios propios que no siempre garantizarán de forma integral el interés superior del niño. Sin pretender entrar en un análisis detallado, algunas de estas deficiencias normativas y de funcionamiento judicial que se han identificado son:***

- A) Imprecisiones en el supuesto normativo de aplicación de medidas de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes.

⁷¹ CÁMARA DE DIPUTADOS. Op. cit., p. 26.

⁷² *Ibíd.*, p. 27.

⁷³ Deficiencias identificadas por LATHROP GÓMEZ, Fabiola, Op. cit., p. 208.

La inexistencia de una normativa específica que regule las medidas que deben tomarse, en atención a la especialidad que requiere la protección de los derechos de la niñez, conlleva la utilización de diversos recursos para efectos de dar respuesta a las situaciones de vulneración de derechos. Esta diversidad de recursos tiene como consecuencia que no exista un objetivo único respecto a la finalidad por la cual se decretan dichas medidas, las cuales han adoptado un carácter más bien reparativo que preventivo, cuestión que discrepa con la naturaleza propia de una medida cautelar y que, a su vez, involucran un marcado intervencionismo del juez en la esfera familiar.

- B) Deficiencias de carácter estructural en la sustanciación del procedimiento especial de medidas de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes.

La configuración actual de los procedimientos de vulneración de derechos no permite asegurar que las medidas que se tomen en su sustanciación hayan sido ordenadas con la debida consideración y participación de los niños involucrados. En efecto, la ausencia de una asesoría especializada y eficaz que, más allá que intervenir en el procedimiento a modo de mero observador respecto al cumplimiento de las garantías mínimas, participe activamente y de vida al derecho a ser oído y a ser considerado como una parte activa del procedimiento, implica que el niño se emplace más bien como un objeto del juicio y no como sujeto del mismo, cuestión que “*equivale a negarle su calidad de sujeto de derecho*”⁷⁴.

- C) Degeneración de la naturaleza de las medidas de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes detectada en la solicitud de las mismas.

El sistema actual da cuenta de un debilitamiento del carácter conservativo de las medidas cautelares y un giro hacia un “*plano anticipativo de la resolución del conflicto*”⁷⁵. En otras palabras, la finalidad con las que estas medidas se solicitan, difiere de aquella esperable en atención a la naturaleza del procedimiento. En efecto, una medida cautelar en el marco de un

⁷⁴ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, Op. cit., p. 212.

⁷⁵ *Ibíd.* p. 14.

procedimiento de vulneración debiese estar destinada a resguardar los derechos del niño, poniendo en la medida de lo posible un freno a esta situación, mientras se substancia el procedimiento. Es decir, la medida debe estar destinada a asegurar el resultado de la acción, con las consideraciones especiales que deben existir en base a los derechos y sujetos involucrados, sin embargo, se observa que en muchos casos se transforman en un mecanismo para anticipar la resolución del conflicto, e incluso son utilizadas para preparar otro tipo de procedimientos, como cuidado personal o adopción.

D) Indeterminación del periodo de vigencia de la medida de protección de derechos de NNA.

Otra deficiencia importante observada en este tipo de procedimientos tiene que ver con la duración de las medidas de protección. Como consecuencia de la ausencia de un marco normativo claro y de un objetivo único y concreto que regule la dictación de estas medidas, se observa que los plazos de duración de las medidas son determinados de forma apresurada y sin una adecuada consideración de las circunstancias que rodean el caso que permitan evaluar su conveniencia. Sumado a ello, las deficiencias de las instituciones colaboradoras en este tipo de procedimientos ahondan el problema de la duración excesiva de estas medidas, especialmente si se consideran los retrasos que normalmente se producen en la resolución de los conflictos a causa de la tardanza en la entrega de informes que normalmente se produce.

E) Inobservancia del carácter de *ultima ratio* en la dictación de medidas de protección de derechos de NNA que importan el alejamiento de éste de su entorno familiar y comunitario.

Pese a ser todas las deficiencias enunciadas de una enorme gravedad, lo que además da cuenta de lo lejos que nos encontramos de tener un estándar adecuado de protección a la infancia en nuestro país, cabe hacer especial mención a la última de las deficiencias listadas, en atención al tema del que trata el presente trabajo. Esto en razón de que permite evidenciar una realidad alarmante, que además revela la manera en que el Estado se está haciendo cargo de la protección de menores en la actualidad.

En efecto, del hecho que no se respete el carácter de *ultima ratio* en la dictación de medidas que importan el alejamiento de los niños de su entorno familiar, se desprende que, lamentablemente, no existen esfuerzos importantes para resguardar la institución de la familia, que como ya se mencionó, es identificada en nuestra legislación como el *núcleo* de la sociedad. Más aún y como para agravar la situación, se produce que estas medidas de alejamiento consisten en su gran mayoría en la institucionalización de los menores en el sistema residencial, sin considerar la alternativa de otras medidas de menor impacto, tales como familias de acogida. En efecto, “*En nuestro país la regla general en la institucionalización del NNA y no el acogimiento familiar. De los cerca de quince mil NNA que hoy se encuentran en sistema residencial, solo el 20% de las plazas (tres mil doscientas cincuenta y dos) corresponden a proyectos de familia de acogimiento, mientras el resto se encuentra viviendo en una institución*”⁷⁶.

En este escenario, podemos observar las peligrosas consecuencias que puede acarrear el hecho de que los órganos del Estados tomen medidas sin consideración de todos los derechos que convergen en los casos de vulneración de los derechos de los niños. Así, una aplicación indiscriminada o apresurada de medidas que impliquen el alejamiento del menor de su núcleo familiar puede derivar, como se ha analizado previamente, en una grave vulneración a su derecho a vivir en familia y eventualmente a su derecho a la identidad, dependiendo de la extensión de la medida y la etapa de desarrollo del menor.

Si bien el deber del Estado es proteger el interés superior del niño, no es menos cierto que, si el sistema de protección carece de una configuración adecuada de las herramientas que lo conforman, la persecución de dicho objetivo irá en desmedro de otros derechos que a la larga repercutirán sobre el mismo, provocando el fracaso de tan noble labor. En otras palabras, si entendemos que la reacción del Estado para poner freno a situaciones de vulneración debiese estar dado por un catálogo de medidas que alteren en la menor medida posible el *statu quo* del niño, y consideramos además que la separación del mismo de su familia debe ser el último recurso, no cabe

⁷⁶ CÁMARA DE DIPUTADOS. Op. cit., p. 170.

más que concluir que si este sistema de “*reacción primaria*” carece de un supuesto normativo de aplicación claro, si adolece de deficiencias estructurales en la sustanciación del procedimiento, si estas medidas pierden la esencia para la cual han sido creadas y si además de todo se dictan sin determinar un periodo de vigencia definido, difícilmente se podrá dar una respuesta satisfactoria a la situación de vulneración. En consecuencia, pareciera que la solución más efectiva para hacer cesar dicha situación es la internación en el sistema residencial, puesto que alejar al menor del conflicto aparentemente puede resultar beneficioso a corto plazo y puede entenderse que esta sea la forma de reacción natural del ente protector. Sin embargo, este parece ser el camino fácil, pues, como ha quedado en evidencia a partir de lo informado por la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados, las condiciones del sistema residencial en Chile están lejos de ser las adecuadas y son altamente proclives a generar otras situaciones vulneración y abuso⁷⁷. Si a ello se le suma el importante impacto que puede tener el hecho de alienar al niño de su entorno familiar y social, lo más probable que el remedio sea peor que la enfermedad.

En definitiva, al no existir un marco normativo único y coordinado que reconozca a cabalidad el bloque de derechos que la legislación nacional e internacional reconoce a niños, niñas y adolescentes, se transforma en una inevitable consecuencia el hecho que el juez se vea forzado a tomar medidas apresuradas con el fin de frenar los conflictos que se le presentan, cuestión que a largo plazo puede implicar que se genere más daño que beneficios para el niño, pues precisamente una decisión de esa calidad carece de la *integridad* necesaria para resguardar en principio todos los derechos que convergen en ese tipo de situaciones, ni siquiera de un modo general. Como resultado, nos enfrentamos a un sistema proclive al debilitamiento de las estructuras familiares y al aumento de situaciones de vulneración dentro de la misma red institucional.

⁷⁷ “De conformidad con el marco jurídico y teórico, propio de la doctrina de los derechos de los niños, con el que trabajó la Comisión, el aspecto más preocupante de la situación de los niños acogidos en el sistema residencial en Chile es la determinación que se hace de que, existen niños, niñas y adolescentes que se encuentran “en riesgo”, al interior del mismo sistema estatal de protección. Ello debido a las graves deficiencias e incumplimientos con los que opera el servicio y sus colaboradores y una permanente cultura institucional de tolerancia y/o complicidad con dichos incumplimientos graves y vulneraciones de los derechos de los niños acogidos, como si se tratase de una situación irremediable, en tanto constitutiva de una especie de “normalidad””. *Ibíd.*, p. 212.

2. CONSECUENCIAS DE LA DESNATURALIZACIÓN DE LA ADOPCIÓN

Ante un sistema excesivamente proclive a la institucionalización y con notorias deficiencias que implican la aplicación de medidas que no se orientan principalmente a resguardar el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir en familia y su identidad, es preciso identificar entonces cuál es el rol que juega la adopción en este escenario.

Inevitablemente, la adopción aparece como una solución alternativa y definitiva para frenar una situación de vulneración de derechos. En casos extremos de abandono y abuso, puede ser que incluso sea la única herramienta para resguardar los derechos de un niño que carece de un entorno adecuado para su desarrollo.

Lamentablemente, en estas circunstancias la adopción se presta a asumir un rol diverso de aquél para cual ha sido instaurada. En efecto, como se analizó en el capítulo anterior, esta institución se caracteriza por ser eminentemente subsidiaria a todas las otras medidas de protección existentes, con un supuesto de aplicación muy restringido. Sin embargo, frente a una problemática respecto de que el Estado no ha sido capaz de afrontar y para la cual tampoco cuenta con las herramientas institucionales y técnicas adecuadas y necesarias, se observa un riesgo cierto de que, con una excesiva utilización del sistema de institucionalización como medida de protección, se configuren las condiciones ideales para la declaración de susceptibilidad de adopción. Por ejemplo, si se llegara a establecer como causal de declaración de susceptibilidad de adopción la permanencia del niño por un periodo determinado de tiempo en el sistema residencial, como consecuencia de la realidad y los tiempos promedio de estadía en dichos centros, puede ocurrir que las deficiencias del sistema proteccional especial de derechos de niños, niñas y adolescentes impliquen un incremento de la cifra de menores declarados susceptibles de ser adoptados, los que verán gravemente vulnerados sus derechos por un actuar negligente del Estado y sus órganos, por no haber agotado todas las instancias y oportunidades para acercarlos a sus familias de origen.

Como consecuencia de la degeneración de la naturaleza de las medidas de protección⁷⁸, surge el problema de *intercambiar* una situación de vulneración a otra, esta vez, poniendo en riesgo otros derechos fundamentales del niño, a saber, su derecho a vivir en familia y su derecho a la identidad, sin mencionar que además se les somete a los ya enunciados riesgos para su integridad física y sexual que se generan a lo largo de la red institucional de residencias.

Cuando el Estado y sus órganos no son capaces de tomar todas las medidas necesarias para evitar el alejamiento del menor de su familia, difícilmente puede decirse que la decisión de optar por una medida de esa entidad implique que se esté garantizando de manera efectiva el interés superior del niño. Más bien, se trata de sustituir un problema con otro, con la dificultad adicional de que la solución alternativa, la adopción, tendrá un carácter irrevocable, al igual que el daño causado cuando este proceso se realiza de manera osada y sin agotar las otras medidas conducentes a mantener al niño dentro de su familia de origen.

Pese a lo anterior, no cabe duda tampoco que la adopción, en su concepción original, cuando es aplicada en aquellos casos para los cuales fue específicamente concebida, es una pieza clave en el sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes. En efecto, puede decirse con propiedad que constituye una verdadera medida de restablecimiento de derechos para el adoptado, toda vez que permite reivindicar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados requeridos para satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, en el caso en que aquello no pueda serle proporcionado por su familia de origen.

Sobre dicho restablecimiento de derechos, cuando opera bajo los supuestos correctos y las circunstancias adecuadas, puede decirse con propiedad que ampara el interés superior del niño. Sin embargo, en caso contrario, en que no se cumplan dichas

⁷⁸ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Op. cit., p. 213. “Así, en la actualidad se observa un tránsito desde la tradicional concepción eminentemente conservativa o precautoria en torno a la cual se construyó la dogmática procesal patrimonial de las medidas cautelares generales como lo ha sido clásicamente la prohibición de celebrar actos y contratos, por ejemplo), hacia un plano anticipativo de la resolución del conflicto”.

condiciones, puede ocurrir que en virtud de dicho principio se amparen las deficiencias de un sistema que no hace frente a las problemáticas que se someten a resolución.

A saber, “por mandato legal, el juez para decidir sobre la susceptibilidad de adopción, debe considerar la imposibilidad de permanencia del niño con su familia de origen, así como, las ventajas que la adopción le representa. De manera que, en cada proceso de adopción, resulta decisiva la ponderación que el sentenciador efectúe de la aplicación de los principios de subsidiaridad de la adopción respecto de la familia biológica y de interés superior del niño”⁷⁹.

En caso de no existir las condiciones que aseguren el carácter subsidiario de la adopción, alcanzables a través de medidas efectivas para velar por la permanencia del menor con su familia de origen, difícilmente podrá el juez elaborar un juicio de ponderación de derechos adecuado y que permita confirmar con toda seguridad que dicha decisión vaya completamente en pos del interés superior del adoptado.

Así, “el sentenciador oscila entre proteger y fortalecer el vínculo existente entre el niño y su familia biológica o decidir su entrega en adopción, pese a existir dicha familia de origen, cuando considera que ello responde a su interés superior. Lo anterior, evidencia la relevancia que tiene el alcance y significado del mentado principio. Del análisis del origen, regulación y aplicación del principio del interés superior del niño se comparte el concepto que lo identifica con asegurar el ejercicio y protección (plena satisfacción) de los derechos fundamentales de los niños, lo que además evita que el principio pueda ser utilizado como una justificación de eventuales decisiones arbitrarias”⁸⁰.

El problema que se presenta entonces es si el principio del interés superior del niño permite justificar por si solo una decisión sobre susceptibilidad de adopción en aquellos casos en que no ha existido una ponderación de derechos adecuada por no haberse agotado las posibilidades de acercar al niño a su familia de origen, y que haya

⁷⁹ TRUFELLO GARCÍA, Paola, “Estatuto de filiación adoptiva en Chile: constitución, aplicación de principios y agenda legislativa”. Revista de Estudios Parlamentarios HEMICICLO, Año 5, Número 8, Primer semestre de 2013, p. 143.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 143.

sido tomada en virtud de buscar un supuesto bienestar inmediato o con el fin de hacer cesar una situación de vulneración lo antes posible. Más aún, tiene total validez preguntarse si acaso una decisión de esa calidad efectivamente puede decirse que va en pos del interés superior del niño, pues, al considerar sólo una parcialidad de los derechos de éste, inevitablemente el nivel de protección será igual de incompleto.

La importancia de esta situación no es menor, puesto que involucra una política proteccional del Estado, que puede estar orientada a asignar a la adopción un rol mucho más activo dentro del sistema de protección y así dar una respuesta más rápida frente a situaciones de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, o bien, puede estar orientada en fortalecer la institucionalidad y redes de apoyo para efectos de velar por un resguardo efectivo de la institución de la familia y el derecho del menor a su identidad y origen. Si bien estos objetivos son perfectamente compatibles, no es menos cierto que la actuación de los órganos del Estado en la actualidad demuestra una tendencia a beneficiar las soluciones rápidas, menoscabando de paso otros derechos fundamentales de la infancia.

3. INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SU CONFLICTO CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU USO EN EL RÉGIMEN DE ADOPCIÓN

Si bien se ha dicho previamente que velar por el interés superior del niño significa realizar una ponderación adecuada e integral de todos los derechos que la legislación le asegura, ello en caso alguno significa que para cada caso existirá una solución que permita la máxima satisfacción de todos ellos. Necesariamente, velar por el interés superior del niño significará preferir ciertos derechos por sobre otros, en base a un razonamiento orientado a la máxima realización de los mismos frente a las circunstancias que motivan la intervención estatal. En otras palabras, pretender la satisfacción absoluta de todos estos derechos es un ideal inalcanzable, pero no obstante dicho resultado, una decisión que considere y sopesa todos ellos antes de

ser tomada, perfectamente puede ser satisfactoria para resguardar el interés superior del niño.

Sin embargo, cabe preguntarse si es la supremacía del interés superior del niño de tal entidad que permite por sí sola justificar toda decisión judicial en materia de adopción. A priori, puede resultar sencillo tomar una decisión en virtud del interés superior del niño. Es un concepto amplio y genérico, lo que implica que puede ser moldeado y ajustado caso a caso, situación que bien puede justificar una declaración de susceptibilidad de adopción, pero que, bajo una revisión profunda de las garantías mínimas establecidas para todas las personas, puede significar una grave vulneración de derechos, oculta bajo esta apariencia de protección. Lo anterior en caso alguno quiere decir que el interés superior del niño no deba ser el norte al que deba apuntar toda decisión judicial, no obstante, si esa decisión no considera todos los aspectos de la situación y si no se agotan las redes de apoyo que convergen en los casos de susceptibilidad de adopción, difícilmente se puede establecer que el sistema garantiza los derechos de los niños.

En efecto, *“el estándar del interés superior del menor incorporado al balance de razones de las circunstancias del caso concreto sometidas al juzgador puede constituir un argumento concluyente que limite el derecho a la identidad de origen cuando concurren otros derechos fundamentales”*⁸¹. Esta situación es perfectamente factible y puede que sea la solución más adecuada para garantizar el interés superior del niño. Sin embargo, dicha limitación debe estar acorde a un proceso previo por el cual se asegure la imposibilidad de la familia de origen para hacerse cargo del menor. En caso contrario, no es factible hablar de una verdadera ponderación de derechos por parte del juez, toda vez que las referidas circunstancias sean determinantes a la hora de decidir.

⁸¹ VILLAMAYOR, Fabián. *“Protección jurídica del derecho a la identidad en la adopción: Incidencia de la Convención de Derechos del Niño”*. Ponencia distinguida con la Primera Mención en el Concurso de Ponencias de Alumnos de las “XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil” en Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani, Buenos Aires, 22 al 24 de septiembre de 2005, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. [en línea] <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/83/proteccion-juridica-del-derecho-a-la-identidad-en-la-adopcion-incidencia-de-la-convencion-de-los-derechos-del-nino.pdf>> [consulta: 15 Junio 2015], p. 300.

En consecuencia, la relación entre interés superior del niño y adopción debiese funcionar en virtud de un proceso que permita asegurar el carácter subsidiario de esta última. Siendo varios los derechos que entrarán en conflicto en este tipo de casos, es preciso que el juez actúe conciliando los diversos mandatos que el legislador le ha impuesto en la materia, y sólo de esa forma es posible afirmar que ha actuado en resguardo del interés del adoptado. Más en concreto, que el estado actúe de la forma antes señalada, implica para el caso de una situación de vulneración de derechos de un menor, en primer lugar, que se tomen las medidas cautelares necesarias para frenar lo antes posible la vulneración, tratando de mantener al mínimo el impacto que estas medidas puedan tener en el niño. Luego, durante la vigencia de estas medidas, que debieron ser dictadas con un propósito y plazo determinados, deben realizarse esfuerzos reales para mantener al menor junto a su familia de origen, sean programas de mejoramiento de habilidades parentales, programas de rehabilitación de vicios u otras medidas conducentes a procurar que sea la familia quien se haga cargo. Finalmente, y sólo para aquellos casos en que los esfuerzos antes referidos fracasen por no existir familia que se haga cargo o por no existir voluntad de ésta para aquello, deben tomarse las medidas necesarias que impliquen la separación del menor de su entorno e ir preparando la vía de la adopción con la mayor celeridad posible, a fin de minimizar el impacto que la situación pueda causar en el desarrollo integral del menor. Si se añade la necesidad natural de que todo este proceso se realice de la manera más ágil posible, sólo de esta manera es posible afirmar que el actuar del Estado consideró todos los aspectos relevantes para garantizar una adecuada ponderación de los diversos derechos en colisión. De esta forma, la problemática entorno a definir el interés superior del niño para los casos de adopción, adquiere una configuración más integral. *“Es interesante relevar también, como lo hacen algunas sentencias (y votos disidentes) la obligación del Estado de apoyar a las familias biológicas responsables de los niños, para que éstos puedan mantenerse bajo su cuidado. En estos casos, el interés superior del niño se centrará entonces, en posibilitar el desarrollo de un vínculo con la familia biológica, o parte de ella. Solo cuando ello no*

*sea posible, deberán tomarse las medidas para brindar al niño una familia adoptiva que le entregue el afecto y cuidado al que tiene derecho*⁸².

De esta manera, es posible identificar la manera ideal en que el juez, enfrentado a una situación de vulneración grave de derechos de un niño que a priori indique la necesidad de intervención del Estado, pueda resguardar adecuadamente el interés superior de éste. En consecuencia, es posible determinar algunas de las directrices mínimas que debiesen guiar la actuación judicial para estos, tales como:

A) Garantía efectiva de la subsidiaridad de la adopción y de las medidas que impliquen la separación del niño de su familia.

A modo de resumen de lo expuesto en los párrafos anteriores, es importante hacer énfasis en que el carácter subsidiario de la adopción es la herramienta principal mediante la cual se protege el derecho a la identidad del niño sometido a un procedimiento de susceptibilidad de adopción, pues implica que dicha declaración sea precisamente la *ultima ratio* a la hora de resguardar el interés superior del niño. En efecto, *“al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados principalmente a lograr que el niño permanezca bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, bajo la de otros familiares cercanos, o que vuelva a ella”*⁸³.

Es decir, para conciliar los intereses convergentes en este tipo de casos, el principal factor a considerar por el juez debe ser que la adopción sea la única vía posible para resguardar la plena satisfacción de los derechos del niño y, por ende, deben haberse agotado todas aquellas herramientas institucionales que el sistema provee para acercarlo a su familia de origen, sea nuclear o extensa. Si bien ya se dijo que la actual institucionalidad es insuficiente para garantizar los derechos de los niños en situación de vulneración, cabe enfatizar que esa situación se ve empeorada por la ausencia de reales oportunidades de fortalecimiento de habilidades parentales y

⁸² TRUFELLO GARCÍA, Paola. Op. cit., p. 143.

⁸³ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Op. cit., párrafo 3, p. 4.

acercamiento familiar, por su incompatibilidad por un procedimiento “rápido” y la falta de una coordinación institucional, cuestión que parece ser uno de los objetivos centrales de una eventual reforma del sistema actual.⁸⁴

Por ende, la única forma de garantizar que la separación del niño de su familia sea una medida que vaya en resguardo de su interés superior es que previamente hayan existido las instancias adecuadas para acercar o rehabilitar a la familia nuclear o extensa, para efectos de que pueda hacerse responsable del niño. Además, dichas instancias deben provenir desde una configuración de redes de apoyo de una entidad tal que por lo menos permita que ese acercamiento o rehabilitación haya sido parte de un trabajo concreto y dirigido a un objetivo real y no simplemente un bálsamo para aplacar el problema sólo en la superficie. Finalmente, debe asegurarse de que la separación sea la única forma de resguardar el interés superior del niño y para el caso de la adopción, que este sea el único mecanismo para reivindicar el derecho de ese niño de vivir en familia. *“La separación del niño de su propia familia debería considerarse como un último recurso y, en lo posible, debería ser temporal y por el menor tiempo posible”*⁸⁵.

B) Conciliar la protección al derecho a la identidad y a vivir en familia en resguardo del interés superior del niño.

En base a la normativa analizada a lo largo de este trabajo se puede concluir que *“el mandato imperativo de la Convención contiene al menos dos partes: primero la de identificar cuál sea el interés superior del niño, y segundo resolver o adoptar las medidas ateniendo a él de manera primordial, es decir, de alguna forma,*

⁸⁴ Proyecto de ley, iniciado en Mensaje N° 950-363 del 21 de septiembre de 2015, sobre Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, párrafo 6, p. 9. Boletín N° 10315 -18, Artículo 45, inciso segundo. *“Política Nacional de la Niñez. [...] La Política Nacional de la Niñez deberá propender a la creación de las condiciones político institucionales, que garanticen el ejercicio efectivo de los derechos de la niñez, fortaleciendo la gestión pública, así como el seguimiento, monitoreo, evaluación y la rendición de cuentas. Asimismo, se orientará a fortalecer la calidad de los programas, de los servicios y las prestaciones de las políticas sociales generales y especializadas, y a potenciar la participación y colaboración con la sociedad civil en sus objetivos.”*

⁸⁵ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Op. cit., párrafo 13, p. 6.

*privilegiada*⁸⁶. En el plano de la adopción, esto implica que el juez determine en cada caso concreto cuál es el interés superior del niño, que normalmente será decidir entre la separación o mantención de éste de su familia de origen, en base a la conveniencia que puede tener una u otra decisión para su desarrollo y pleno ejercicio de sus derechos.

En definitiva, el resguardo del interés superior del niño implicará una acción positiva del Estado, expresada en este caso en una decisión judicial, dirigida precisamente a frenar situaciones de vulneración que pudieran afectar la plena realización y desarrollo de éste. Sin embargo, para efectos de resolver qué acción positiva es la más adecuada para el caso, el juez se verá enfrentado a diversos intereses en conflicto, frente a los cuales deberá privilegiar aquellos que apunten principalmente al bienestar del niño. El punto de conflicto, o bien, el ámbito discrecional, estará dado por la decisión de determinar la procedencia de la declaración de susceptibilidad de adopción, en consideración a la permanencia e irrevocabilidad de esta medida, considerando que ello puede implicar la preferencia de algunos derechos fundamentales del niño por sobre otros de igual entidad.

En particular, el derecho a la identidad, tanto en su dimensión dinámica como estática, se vería principalmente afectado por una decisión que involucre el fin de los vínculos filiativos del niño con su familia de origen. En efecto, *“la realidad biológica del adoptado está íntimamente ligada a su identidad personal, a un interés existencial que merece tutela legal. El derecho a la identidad personal supone la exigencia del respeto de la propia biografía, con sus luces y sus sombras, con lo que exalta y con lo que degrada”*⁸⁷. Por tanto, esta identidad, comprendida como un derecho inherente a la personalidad, claramente ocupa una posición relevante dentro del catálogo de derechos que la ley reconoce a las personas, y más aún, para el caso concreto de la infancia, en relación a la etapa de desarrollo de la persona en dicha etapa, por lo que

⁸⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán. *“Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: Los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”*, Op. cit., p. 64.

⁸⁷ BÍSCARO, Beatriz. Op. cit., p. 68.

no puede negarse que su resguardo es aún más indispensable para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos.

Por otro lado, la forma de reivindicar el derecho del niño a vivir en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, y que precisamente carece de una familia de origen que pueda proporcionarle dicho ambiente, puede que sea sólo a través de la adopción. Dicha decisión implica atribuir al menor un nuevo estado civil, lo que modificará su filiación establecida, y lo situará además bajo el seno de una nueva familia, lo que en consecuencia implica por lo menos una alteración importante en la esfera de su identidad, la cual continuará su desarrollo a partir de ese momento en ese nuevo entorno.

Finalmente, frente a esta disyuntiva y para efectos de que exista un resguardo verdadero del interés superior del niño, es preciso que, por un lado, la decisión que motive la separación del niño de su entorno sea en consideración a que ello sea lo más beneficioso para éste y que sea la única forma en que pueda desarrollarse de manera integral y con los cuidados necesarios para ello, pero, por el otro lado, siempre resguardando el derecho a identidad manteniendo la posibilidad de que el niño pueda investigar su origen cuando tenga la edad suficiente para ello. De esta manera, existirá una real ponderación de todas las circunstancias que influyen en este tipo de casos, pudiendo describir una decisión de este tipo como calificada y completa para resguardar efectivamente el interés superior del niño.

C) Posibilidad real de la familia biológica de hacer valer sus derechos.

Se ha repetido a lo largo de este trabajo que la adopción sólo puede operar en aquellos casos en que un niño, niña o adolescente carece de una familia de origen que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades, sea porque esta no exista o bien, porque existe y sin embargo carece de los medios o habilidades mínimas para cumplir con su rol protector respecto a ese niño.

Siendo esta situación el punto de partida básico para determinar la procedencia de la adopción, cobra una importancia vital para esta institución el grado de participación o consideración que tiene la familia de origen en los procedimientos de adopción. De esta manera, la única manera de que la adopción sea considerada como procedente, es que el procedimiento garantice que la familia de origen no exista, o bien, que esta no reúna las cualidades necesarias para hacerse cargo del niño. Además, cabe agregar que esta búsqueda no debe acotarse solamente a la familia nuclear o inmediata del menor, sino que por lo menos debe incluir a los parientes consanguíneos más cercanos, de manera que se pueda resguardar la identidad del niño, propiciando su inclusión dentro de su familia de origen.

Para efectos de alcanzar dicha garantía, es preciso que exista un proceso de notificación y búsqueda de familiares que permita un intento real de comunicación y que no se quede en el simple cumplimiento de una formalidad. Es decir, debe existir un adecuado emplazamiento de las personas cuya comparecencia la ley exige y debe brindárseles la asesoría legal necesaria para su cabal entendimiento de las consecuencias de este tipo de procedimientos, puesto que ello es la única manera en que se genera una posibilidad real para el válido ejercicio de sus derechos, cuestión que en definitiva permitirá al juez ponderar adecuadamente los factores que deben incidir en su decisión. Lo anterior debe complementarse con el establecimiento de plazos adecuados para la realización de actuaciones judiciales de parte de los familiares citados, siempre manteniendo un equilibrio adecuado entre la posibilidad de participar en el procedimiento y la relativa celeridad que deban tener dichas actuaciones para efectos de no agravar la situación de vulneración en que pueda encontrarse el niño. Finalmente, esta participación debe ser orientada por profesionales y contar con el apoyo de una red institucional que, por lo menos, permita por un lado permitir que los comparecientes comprendan el alcance y efectos de una eventual adopción y el rol que deben adoptar en el procedimiento.

De esta manera, se puede asegurar la participación de la familia de origen y garantizar los derechos del niño en cuestión, bajo un procedimiento más bien colaborativo que contencioso, en que el interés superior del niño sea lo predominante.

En efecto, *“La adopción debe ser un proceso donde no existan culpables o víctimas. El adoptado, los progenitores biológicos del adoptado, los adoptantes, la propia familia desintegrada del niño y la familia adoptiva, deben transitar el camino como protagonistas de una solución al conflicto, y no como víctimas de la filiación adoptiva”*⁸⁸.

D) Existencia de instituciones capaces de analizar debidamente cada caso y generar medios probatorios de calidad que permitan facilitar la decisión del juez.

La existencia de una institucionalidad que apoye los procedimientos de adopción y fomente las buenas prácticas parentales es algo fundamental. *“Los Estados deberían aplicar políticas de apoyo a la familia para facilitar el cumplimiento de los deberes que incumben a esta en relación con el niño y promover el derecho del niño a mantener una relación con el padre y la madre”*⁸⁹. Estas políticas requieren necesariamente la intervención de organismos profesionales especializados capaces de prevenir situaciones de vulneración y abandono. Sin embargo, la existencia de una red institucional profesional y de calidad será más importante precisamente para dichas situaciones, pues su actuación será el mecanismo más propicio para asegurar una aplicación más adecuada de medidas de protección frente a casos de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes. Esto se explica porque la diversidad de factores que normalmente influirán en este tipo de procedimientos necesitará de conocimientos especiales que escapan de aquellos que puede exigirse a la judicatura. Por ende, sólo con esta red de apoyo es posible brindar al juez las herramientas necesarias para una decisión informada y preparada que resguarde de manera efectiva los intereses en juego. Efectivamente, *“cuando la propia familia del niño no puede, ni siquiera con un apoyo apropiado, proveer el debido cuidado del niño, o cuando lo abandona o renuncia a su guarda, el Estado es responsable de proteger los derechos del niño y de procurarle un acogimiento alternativo adecuado, con las*

⁸⁸ *Ibíd.* p. 66.

⁸⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Op. cit.*, párrafo 31, p. 12.

*entidades públicas locales competentes o las organizaciones debidamente habilitadas de la sociedad civil, o a través de ellas.*⁹⁰

Entonces, la función de la institucionalidad debe estar orientada precisamente a resguardar el interés superior del niño. Esto implica que su actuar debe ser igual de integral que las consideraciones que deben estar presentes en el juez a la hora de decidir la separación del menor de su entorno para acomodarlo bajo el seno de una nueva familia. *“Deberían elaborarse y aplicarse sistemáticamente criterios adecuados basados en principios profesionales sólidos para evaluar la situación del niño y la familia, incluida la capacidad real y potencial de la familia para cuidar del niño en los casos en que la autoridad o la agencia competente tenga motivos fundados para pensar que el bienestar del niño se encuentra en peligro”*⁹¹. En consecuencia, el actuar de las instituciones de apoyo debe ser capaz de propiciar las instancias de acercamiento y rehabilitación de la familia de origen a fin de intentar que esta pueda hacerse cargo del niño por su cuenta. Ello implica la necesidad que exista una verdadera evaluación de la condición del niño y de las habilidades parentales de quienes lo tengan a su cargo que, de paso, servirá para surtir al juez de una fuente de información técnica en base a la cual pueda decidir acerca de qué es lo más conveniente para el niño. Lamentablemente, la realidad es otra. En efecto *“El Servicio Médico Legal (SML) y los proyectos de Diagnóstico Ambulatorio (DAM) –que dependen del Sename– son los encargados de hacer los informes para quienes no pueden pagar un perito privado. La sobrecarga laboral y la falta de recursos con los que conviven estas instituciones, no les permite a los profesionales atender la demanda existente. Es más, se les permite faltar a su presentación en audiencia, instancia en la que deberían explicar y defender el trabajo realizado. La suma de estos factores ha propiciado la multiplicación de los peritos privados”*⁹². Por ello, a las funciones antes mencionadas debe agregarse la de implementar programas de adopción destinados a la evaluación de posibles adoptantes y a la coordinación de los

⁹⁰ *Ibíd.*, párrafo 5, p. 4.

⁹¹ *Ibíd.*, párrafo 38, p. 14.

⁹² JARA, Matías y ALBERT, Catalina. 2016. *“Tribunales de Familia: las graves deficiencias del sistema de peritos”*. 2016. [en línea] CIPER Chile. 20 de agosto, 2016. <<http://ciperchile.cl/2016/08/30/tribunales-de-familia-las-graves-deficiencias-del-sistema-de-peritos/>> [consulta: 15 septiembre 2016]

procesos en que participen, además de propiciar los mecanismos para que quienes han sido adoptados y que tengan la madurez suficiente para ello, tengan acceso a información detallada y fidedigna de su familia de origen y de las circunstancias de su adopción.

E) Efectividad de la tutela de los intereses del niño por sobre los del adoptante.

Finalmente es importante repetir y destacar el hecho que el interés superior del niño, entendido como una ponderación completa e integral de los derechos de éste, debe ser el valor principal a proteger en los procedimientos de adopción. Lo anterior necesariamente implica que los intereses de los adoptantes y los de la familia de origen están en un sustrato inferior a los del niño y, en consecuencia, ceden a la protección de este último por sobre cualquier otra consideración.

De esta manera, si bien debe ser considerado como un valor importante la posibilidad para todas las personas que cumplan con los requisitos mínimos de participar de los programas de adopción, establecer a priori la existencia de un “derecho a adoptar” o “derecho a la maternidad o paternidad”, puede resultar un concepto confuso e inductivo a error si se considera que estos programas tienen por finalidad principal el poder determinar las personas más aptas para hacerse cargo de un niño susceptible de ser adoptado, y no la de asignar un niño a una familia o persona que carece de éste y desea satisfacer su necesidad espiritual o de otro tipo de ser padre.

La idea es que los mecanismos de asignación sean en función del interés del niño, y por ende cualquier consideración externa de los adoptantes debe ceder en virtud de ese interés. Podría interpretarse que ésta es la razón por la cual la ley se encarga de establecer un orden de preferencia para la elección de familias adoptivas, cuestión que en cualquier otro orden de cosas podría ser incluso considerado como algo arbitrario o discriminatorio. Incluso, bajo un análisis profesional del contexto sociocultural y psicológico, podría argumentarse que la forma en que se encuentra

constituida una familia repercutirá considerablemente en el desarrollo de un niño. Sea cual sea el punto de vista desde donde se aborde la discusión, lo que resulta absolutamente inamovible es que debe primar el interés del adoptado.

En el capítulo siguiente, se abordará el debate contemporáneo acerca de la posibilidad que convivientes civiles y parejas homosexuales sean considerados como posibles sujetos adoptantes. Cabe anticipar sin embargo que dicha discusión no puede centrarse en caso alguno sobre principios de igualdad y no discriminación hacia las minorías, sino que debe centrarse en un análisis técnico y profesional acerca de la conveniencia o no para un niño de ser acogido por una familia homoparental, monoparental o por convivientes civiles.

CAPÍTULO III

DESAFÍOS DE UN NUEVO RÉGIMEN EN MATERIA DE ADOPCIÓN

1. NECESIDAD DE UNA REFORMA INTEGRAL AL RÉGIMEN DE ADOPCIÓN CHILENO

Antes de entrar al análisis respecto a cuáles debiesen ser las bases de un régimen de adopción ideal que se haga cargo de los problemas que esta institución presenta en la sociedad chilena actual y que a la vez cumpla con los estándares internacionales en la materia, cabe preguntarse si una reforma integral es la solución indicada para alcanzar dichos objetivos. En otras palabras, cabe preguntarse si es necesaria una reforma integral o bien, bastaría con introducir modificaciones a la normativa vigente.

A lo largo de este trabajo se han analizado los estándares que la normativa internacional fija en materia de adopción y se han contrastado con la normativa vigente en Chile, esto es, la Ley N° 19.620. En dicha tarea, se explicó que la norma actual precisamente se formula para adecuarse a los compromisos adquiridos con la ratificación de diversos instrumentos internacionales. Es por esta razón que puede afirmarse que la norma vigente, en la mayoría de sus partes, se apega a dichos estándares, lo que a priori podría abogar en contra de una reforma integral.

Sin embargo, este trabajo también se ha enfocado en el análisis de las distintas deficiencias del sistema de adopción vigente en Chile, por lo que se puede concluir que del solo análisis normativo no se puede encontrar la respuesta a la pregunta formulada en este párrafo.

En primer lugar, es preciso reconocer que en su mayoría y en la forma en que se establece la norma actual, se cumple con parte importante de lo que se exige en materia de adopción por la normativa internacional. Es decir, se formula la institución de la adopción como un último recurso, destinado a resguardar el interés superior del niño en aquellos casos en que su familia de origen no puede otorgarle los cuidados

necesarios para su adecuado desarrollo. Sin embargo, otras problemáticas contribuyen en generar las condiciones para una aplicación inadecuada de la institución, haciendo que se pierdan los objetivos que la sustentan.

De las problemáticas antes referidas, que serán analizadas en detalle en el párrafo siguiente, se puede anticipar que las enormes falencias del sistema de protección de derechos de la niñez devienen en una actuación inadecuada del Estado, el cual, a través de la actuación de los Tribunales de Familia, se ve forzado a tomar medidas que carecen de una uniformidad de criterio y finalidad, puesto que carecen de una completa consideración de todas las variables que intervienen en cada caso en particular. En consecuencia, ocurre que, por resguardar un derecho en particular, se pasan a llevar dos o tres más, situación que contribuye a ahondar en la vulneración que sufren miles de niños.

En definitiva, la situación descrita anteriormente deriva de que la institución de la adopción, como una más de las herramientas de protección de los derechos de los niños, se esté utilizando con una función diversa de aquella para la cual fue concebida. De este modo, si bien el fundamento y base normativa se adecúa a las exigencias establecidas en la materia por la normativa internacional, las deficiencias del sistema de protección de derechos de la niñez conllevan una aplicación errónea de la misma y, en consecuencia, generan un sentimiento de que todo el sistema adolece de las mismas falencias.

Como descripción de esta cadena de consecuencias, cabe recordar un ejemplo expuesto anteriormente. El juez, enfrentado a una situación de vulneración de derechos de un niño, deberá tomar una medida de protección adecuada para el resguardo del interés superior de este. Sin embargo, no existiendo un criterio único de acción en la materia ni una institucionalidad suficiente para determinar efectivamente ese interés, se producen las situaciones descritas a lo largo de este trabajo y que involucran que se incurra en un abuso de medidas que impliquen el alejamiento del niño de su núcleo familiar, tales como la institucionalización del menor, donde se verá propenso a nuevas situaciones de vulneración de derechos y, finalmente, podrá parecer en muchos casos que la adopción del menor sea la mejor vía para resguardar

sus derechos. Sin embargo, a lo largo de este proceso no existió una adecuada ponderación de los intereses en juego, ni tampoco existió un trabajo coordinado con la familia del niño que asegure el carácter subsidiario de la adopción, o incluso, pudo haber existido una falta de emplazamiento de la familia de origen. En consecuencia, la inexistencia de una adecuada red de apoyo de la labor de los tribunales, sumada a un deficiente marco normativo de las medidas de protección de derechos de la niñez, deriva en una desnaturalización de la adopción. Tampoco es esperable una adecuada respuesta en atención al volumen de causa que cada tribunal debe resolver. En efecto, de las estadísticas de las sentencias en causas de protección en la Región Metropolitana entre enero de 2015 hasta abril de 2016 dan cuenta que *“las frías cifras de esa planilla dan cuenta de una cruda realidad: 205 jueces para analizar y fallar respecto a 27.075 causas”*⁹³. Por otro lado, esta falta de apoyo se observa respecto de las partes que intervienen en el procedimiento, lo que radica en un sobre empoderamiento del juez y una falta de simetría en la información que se maneja en las audiencias. En efecto, *“según un juez de familia entrevistado por CIPER, la mayoría de las causas de protección que llegan a audiencia, se fallan sin abogado. Esto, indica el juez, le da un poder a los magistrados ante el cual las familias no tienen armas: “Si eres juez, llegas a las 8:30 al tribunal, ves las audiencias que tienes en materia proteccional, con la mamá, el papá, o ambos si es el caso, sin abogado, y tú decides. Aplicas una medida, internas niños, y como no hay abogado, nadie apela y nada de esto llega a las cortes. El juez decide”*⁹⁴.

Además de estas deficiencias, resulta absolutamente necesario reconocer que existen una serie de situaciones que se encuentran fuera de la regulación legal y que por tanto deben ser incluidas en el sistema de adopción. Es innegable que hoy existen diversas formas de formar una familia, distintas al matrimonio, que deben ser objeto de regulación, como es el caso de los convivientes civiles y la eventual posibilidad de la adopción homoparental.

⁹³ ALBERT, Catalina. 2016. “Hogares de menores: acta del Poder Judicial revela la incompetencia del Sename”. 2016. [en línea] CIPER Chile. 19 de mayo, 2016. <<http://ciperchile.cl/2016/05/19/hogares-de-menores-acta-del-poder-judicial-revela-la-incompetencia-del-sename/>> [consulta: 15 septiembre 2016]

⁹⁴ *Ibíd.*

Si a todas estas deficiencias y vacíos, se suman los problemas institucionales y de infraestructura de los organismos colaboradores, resulta totalmente válido plantearse una reestructuración general sobre el régimen completo. Todos estos problemas, que serán analizados más adelante, son síntomas de un sistema deteriorado y que amerita una intervención del ente legislativo. Si bien se ha dicho, en relación a las iniciativas legislativas para una reforma integral del sistema de adopción chileno, que *“es un avance en la materia, pero por un principio de economía de esfuerzos, parece exagerado producir una nueva ley cuando bastaba con modificaciones puntuales a la existente”*⁹⁵, cabe concluir que las notorias deficiencias del sistema de adopción vigente, se deben a una inadecuada interpretación de la normativa que deriva de las propias deficiencias del sistema proteccional en general, y que tiene como consecuencia una mala aplicación de la institución, razón por la cual convendría dirigir los esfuerzos legislativos a un fortalecimiento en materia de protección de derechos de la niñez y corregir los defectos puntuales de la norma vigente, esto es, garantizar una adecuada aplicación de la adopción a los casos para los que fue efectivamente concebida, e incluir una regulación de aquellas situaciones que se encuentran al margen de la ley. La realidad nacional y los últimos informes relativos a la situación general de los derechos de los niños en el país, han significado un llamado de atención de los entes legislativos, por lo que puede resultar que una respuesta enérgica de asumir el control del problema y que involucre una iniciativa de reforma integral acerca de los derechos de la niñez, pueda incorporar dentro de las reformas legales un ajuste de la normativa vigente en materia de adopción.

⁹⁵ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. *“Comentarios al Boletín N° 9119-18. Reforma Integral al sistema de adopción en Chile”*. Universidad de Chile. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado N° 4, diciembre 2013, p. 280.

2. DESAFÍOS EN MATERIA DE ADOPCIÓN

A) Ausencia de una ley marco para la aplicación de medidas de protección.

Ya se anticipó que las principales falencias en el sistema de adopción chileno se producen en gran parte por el deficiente sistema de protección de derechos del niño. En otras palabras, es la ineficacia de los mecanismos que establece la ley para resguardar estos derechos los que devienen en una utilización inadecuada de la adopción.

A mi juicio, lo anterior se produce porque las medidas de protección que se aplican para resguardar los derechos de los niños en Chile carecen de un objetivo claro y uniforme que las motive y guíe. Estas medidas de protección son todas aquellas acciones destinadas a prevenir y subsanar la situación de vulneración en sus derechos que puede estar sufriendo un niño, y que involucran una intervención de la autoridad, típicamente, de los tribunales de familia. La ausencia de un marco normativo generalizado sobre esta materia implica la aplicación de diversas normas repartidas en diversos cuerpos legales que no permiten dar una respuesta coordinada a situaciones de vulneración. En efecto, se ha dicho que el sistema chileno “*está caracterizado por la ausencia de una ley marco de promoción y protección de derechos fundamentales de los NNA. Ello en gran parte explica que en nuestra legislación convivan normas basadas en principios distintos y opuestos, desarticuladas entre sí y aplicadas solo al grupo de NNA que participan en algún proceso judicial o administrativo, cuyos derechos deben ser protegidos en virtud de alguna situación de amenaza o vulneración*”⁹⁶.

Esta situación implica que la intervención del Estado en materia de protección de derechos de la infancia resulte más bien de forma reactiva y que no se manifieste a través de un actuar uniforme. Así, por ejemplo, y en relación a la adopción, ocurre

⁹⁶ DE LA MAZA, Camila y RIVEROS, María Paz. “*Derechos Humanos De La Infancia Y Adolescencia: Política Pública de Protección de Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes*”. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, p. 427.

que “en los casos de susceptibilidad de adopción, en virtud a la falta de definiciones legales y criterios uniformes en cuanto al concepto de inhabilidad parental, el resultado de estos juicios depende en cierta medida, de las convicciones personales que tenga la/el magistrada/o que toma el caso, pudiendo distinguirse entre aquellos que son “pro adopción” y los que son “pro familia de origen”. De esa manera priman concepciones preconcebidas y no los antecedentes propios de cada caso ni menos el verdadero interés superior del NNA sometido/a al procedimiento judicial⁹⁷. Esta disparidad de criterios se refleja, en general, en todos los procedimientos en los que intervienen los tribunales de familia para resguardar los derechos de los niños. Más aún, la forma en que se aborda dicha intervención se manifiesta en la existencia de múltiples programas que tienen finalidades diversas y que raramente serán el resultado de una actuación coordinada por un solo ente protector que sea capaz de involucrar a todas las personas comprometidas en una situación de vulneración de derechos. “En muchas ocasiones el actuar del Estado, al no estar orientado por una mirada global y responder fraccionadamente a situaciones particulares, más que proteger a NNA cuyos derechos fundamentales han sido afectados, los vulnera y no mejora su situación. Así, por ejemplo, cada programa interviene desde su pequeño marco de acción o lineamiento, evitando entrometerse en otras problemáticas y derivando los casos para que otro programa se encargue, generando que los NNA que sufrieron una determinada vulneración de derechos sean atendidos por muchos programas, en lugares diferentes y por personas distintas, generando sobre intervención y victimización secundaria⁹⁸”.

Esta forma de intervención del Estado, a través de la actuación de los tribunales de familia, se convierte en casi el único mecanismo para enfrentar las situaciones de vulneración de derechos. Sin embargo, la ausencia de líneas de acción claras y objetivos coordinados, hacen que esta intervención sea insuficiente. En efecto, “los programas ambulatorios que tienen entre sus objetivos la intervención con la familia -

⁹⁷ DE LA MAZA, Camila, RIVEROS, María Paz y ZARZAR, María Paz. “Derechos humanos de la infancia y adolescencia: ¿asegura el Estado a los niños, niñas y adolescentes el derecho a vivir en el seno de una familia?” Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, p. 354.

⁹⁸ DE LA MAZA, Camila y RIVEROS, María Paz. “Derechos Humanos De La Infancia Y Adolescencia: Política Pública de Protección de Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes”. Op. cit., p. 436.

*que son seis tipos de programas- no logran articular una respuesta intersectorial y sistémica que apunte al interés superior de NNA*⁹⁹. De esta manera, si se considera que la intervención de los Tribunales se constituye en la forma que el Estado tiene para resguardar los derechos de los niños, y esta intervención carece de una coordinación adecuada, genera una pérdida de los fundamentos de dicha intervención, esto es, del deber de resguardo del interés superior del niño, y por tanto no existirá garantía alguna de que efectivamente se proteja dicho interés, puesto que *“no existe claridad respecto a los motivos por los cuales el Estado interviene, o si acaso es el interés superior de niños y niñas el principio que funda dicha intervención”*¹⁰⁰.

B) Factores socioeconómicos y su influencia en la problemática.

Cabe señalar que la garantía de los derechos de los niños no se agota en intervenir sólo una vez que se produce la vulneración. La actuación del estado debe propender a procurar las condiciones necesarias para evitar estas situaciones y que sean las familias quienes se hagan cargo de sus hijos. Para asegurar que sean estas quienes asuman el rol de protección del niño en un nivel primario, es preciso que tengan las condiciones para poder dar respuestas a las necesidades de éste. Por esta razón, cobra relevancia el hecho de que en la realidad nacional se observa una relación entre la capacidad económica de cada familia y su idoneidad para hacerse cargo de los niños, lo que consecuentemente implica un mayor riesgo en la garantía de sus derechos. *“Un NNA por el solo hecho de ser pobre ya se encuentra en situación de vulneración de algunos de sus derechos, como a la salud o a la vivienda... En muchas ocasiones el Estado actúa por medio de la estigmatización, castigando la pobreza y desconfiando de las familias de origen por el solo hecho de ser pobres”*¹⁰¹.

A mayor abundamiento, *“al menos el 40% de los NNA atendidos por la red SENAME pertenece los estratos más pobres de la población, sin dejar de tener*

⁹⁹ DE LA MAZA, Camila, RIVEROS, María Paz y ZARZAR, María Paz. *“Derechos humanos de la infancia y adolescencia: ¿asegura el Estado a los niños, niñas y adolescentes el derecho a vivir en el seno de una familia?”* Op. cit., p. 347.

¹⁰⁰ Op. cit. p. 348.

¹⁰¹ Op. cit. p. 346.

presente que respecto a otro 27% no se tiene información estadística alguna. Esta realidad abre cuestionamientos relativos las vulneraciones de derechos que se producen para aquellos NNA que viven en situación de pobreza y cuánto efectivamente hace el Estado para evitarlo o remediarlo, a través –por ejemplo– de un trabajo con las familias”¹⁰². Este problema no es menor y se apunta como uno de los aspectos principales a considerar ante una eventual reforma. Esto pues, si la pobreza aparece como un factor de vulneración de derechos, y si se considera que “la institucionalización es prácticamente la única respuesta que existe frente a una situación problemática que afecte a NNA”¹⁰³, se estarán generando las condiciones ideales para que ese niño no tenga alternativas de ser acogido por su propia familia y que eventualmente ingrese al sistema de adopción. El hecho que la pobreza y la desigualdad influyan en el nivel de riesgo de vulneración de derechos, haría necesario que la intervención del Estado evite de estas medidas de alejamiento del niño de su familia y que más bien se enfoquen en otorgar el apoyo necesario a esas familias con carencias económicas para que puedan cuidar de sus hijos de la manera adecuada. De otro modo, “habría un doble incumplimiento por parte del Estado en cuanto al derecho de NNA de vivir con su propia familia: en primer lugar, se trata de un Estado que no cuenta con una política social integral que permita a las familias contar con un piso mínimo para hacerse cargo de sus propios hijo/as (salud, educación y vivienda de calidad, a lo menos) y, en segundo lugar, cuando esas familias tienen a su cargo NNA el Estado las estigmatiza considerando que por esas dificultades y carencias profundas en las que se encuentran están condenadas a ser malos cuidadores, padres o madres inadecuados para el interés superior de NNA, y que más vale declarar la susceptibilidad de adopción”¹⁰⁴.

¹⁰² DE LA MAZA, Camila y RIVEROS, María Paz. “Derechos humanos de la infancia y adolescencia: Política pública de protección de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes”. Op. cit., p. 435 – 436.

¹⁰³ DE LA MAZA, Camila, RIVEROS, María Paz y ZARZAR, María Paz. “Derechos humanos de la infancia y adolescencia: ¿asegura el Estado a los niños, niñas y adolescentes el derecho a vivir en el seno de una familia?” Op. cit. p. 350.

¹⁰⁴ Op. cit., p.355.

C) Insuficiencia de modalidades de cuidado alternativo.

En relación a lo anterior, el hecho que la institucionalización sea la única respuesta para aquellos casos de vulneración de derechos, es síntoma de la mínima existencia de otras modalidades de cuidado alternativo que reemplacen dicha medida. En particular, las estadísticas hablan por sí solas del problema. En efecto, *“la CIDH, en su último informe, ha recomendado que los Estados tengan programas diferentes a las residencias para recibir a los NNA que no puedan estar con su familia de origen, tales como las familias de acogida especializada (FAE). Si bien estas existen en Chile, corresponden a un porcentaje muy inferior al de las residencias. Según información aportada por SENAME, en el territorio nacional existen solo 18 programas de familia de acogida, que atienden a 3.848 niño/as, y 275 residencias, que se encargan de 9.647 niños y niñas”*¹⁰⁵.

Sobre esto, si se consideran los hechos informados por la Comisión Investigadora del SENAME, resulta absolutamente urgente reemplazar la institucionalización como medida de reacción principal de los Tribunales en materia de vulneración de derechos. *“Los datos expuestos dan cuenta que la permanencia de NNA en el sistema residencial está lejos de ser excepcional y que en un importante número de casos su duración es tan larga que priva del todo a los NNA de su derecho a vivir en familia, generando graves vulneraciones de derechos, y que en ocasiones es la única respuesta del sistema de protección frente a un niño o niña que requiere la intervención del Estado, perdiendo su carácter de excepción y último recurso”*¹⁰⁶. Es un hecho que los miles de niños son víctimas de situaciones que vulneran sus derechos en dichos centros, por lo que es preciso ahondar en sistemas de cuidado alternativo que permitan trasladar el volumen de ingresos de las residencias del SENAME a familias de acogida u otras medidas que minimicen el riesgo del niño de ser vulnerado en sus derechos y que impliquen el menor trastorno posible a su vida cotidiana.

¹⁰⁵ DE LA MAZA, Camila y RIVEROS, María Paz. *“Derechos Humanos De La Infancia Y Adolescencia: Política Pública de Protección de Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes”*. Op. cit., p. 438.

¹⁰⁶ Op. cit., p. 444.

El hecho es que la situación de los establecimientos del SENAME es crítica. En efecto, *“no solo se trata de algunas residencias administradas con descriterio o incluso con ánimo delictivo, sino que de una política pública que no da respuesta a la situación de grave vulneración en que se encuentran los NNA que están en el sistema residencial, que permite y en muchas ocasiones incluso promueve que se separe a NNA de su medio familiar sin siquiera asegurarse que esa acción sea realmente destinada a la promoción y protección de los derechos de estos”*¹⁰⁷. Esta situación se ve aún más agravada si se considera lo informado por la referida institución, en relación a que entre el periodo que va desde el 1 de enero del año 2005 al mes de mayo del año 2016, 185 niños han fallecido cuando se encontraban en centros de protección administrados por SENAME o en instituciones colaboradoras¹⁰⁸. Si bien, por razones de reserva, dicha información se limita a señalar el número de niños fallecidos, sin indicar las causas y circunstancias de los fallecimientos, los datos no dejan de ser alarmantes y son uno de los más graves síntomas de la deficiencia del sistema. Lamentablemente, estas cifras entregadas por la autoridad al parecer no son del todo fiables, toda vez que la Comisión Investigadora sobre Situación de los Menores de Edad en Chile, de la Cámara de Diputados, estimó que la información aportada por la institución era incompleta, en razón que dejaba fuera aquellos fallecimientos de niños y adolescentes procesados por Responsabilidad Penal Adolescente. Considerando esta estadística, se deduce que entre 2010 y 2014, años en los que se pudo reunir información, habrían 292 fallecidos más, los que sumados estos a los 185 informados por Justicia, dan un total de 477 menores¹⁰⁹. La información revelada da cuenta de una realidad grave y de una crisis institucional que no puede seguir escalando en el tiempo. Si se consideran además de estas cifras lo analizado en el capítulo anterior respecto a lo informado por la Comisión Investigadora de SENAME, es evidente que existen un problema que ya ha perdurado lo suficiente como para demostrar que en Chile la institucionalidad está lejos de la altura necesaria para resguardar los derechos

¹⁰⁷ Op. cit., p. 439.

¹⁰⁸ SERVICIO NACIONAL DE MENORES, Oficio ordinario N° 1699, dirigido a la Comisión Investigadora sobre Situación de los Menores de Edad en Chile, de la Cámara de Diputados. 7 de julio de 2016.

¹⁰⁹ PALOMERA F., MATUS J. y BURGOS C. *“Saffirio denuncia que muertes en el Sename ascienden a 477 niños”*. La Tercera. 26 de julio del 2016. En línea: [<http://fw.to/ciERRae>]

de los niños y, peor que eso, se ha transformado en una especie de foco sobre el cual se concentran las más graves situaciones de vulneración.

D) Creación de un sistema de garantías de los derechos de la niñez.

Sucesos como estos son los que han justificado numerosas iniciativas parlamentarias para poner freno a las situaciones de vulneración de derechos que sufren miles de niños en Chile. Quizás la que cobra mayor relevancia es aquella que ingresó al parlamento en septiembre del año 2015 un proyecto de ley que establece un Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, el que actualmente, se encuentra en tramitación bajo el Boletín 10315-18.

El proyecto en cuestión se plantea como fundamento principal dar cumplimiento a las obligaciones y desafíos que la ratificación de la Convención de Derechos del Niño impuso a Chile. En efecto, se ha dicho que *“esta iniciativa viene a adecuar la normativa legal chilena a los estándares internacionales en materia de respeto, promoción y protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, cuestión que da cuenta del compromiso del Estado de Chile para hacer efectivos estos derechos”*¹¹⁰.

De este modo, del mensaje que da origen al proyecto se desprende que primordialmente se busca destacar el rol central de la familia como base de la protección de derechos de la niñez, fortaleciendo dicha institución a través de una garantía efectiva del ejercicio de dichos derechos. Para ello, se establece como principio rector considerar a los niños como sujetos de derecho, y no como simples objetos de protección, cuestión que implica a su vez reconocer los principios de igualdad y no discriminación, la preeminencia del interés superior del niño y la valoración de la autonomía progresiva. Todos estos aspectos van en perfecta armonía con los estándares internacionales en la materia y son la base sobre las que se construye el sistema de protección proyectado.

¹¹⁰ CORTE SUPREMA. Oficio N° 123 -2015, dirigido a Comisión de Familia y Adulto Mayor, H. Cámara de Diputados. Informe Proyecto de Ley 37-2015, Boletín N° 10.315-18, Santiago, 17 de noviembre de 2015, párrafo 4.

Como el nombre del proyecto refiere, se busca dar un carácter integral a la protección de los derechos de la niñez, ampliando la esfera de actuación de las situaciones graves de vulneración para incluir todas aquellas etapas previas de protección y etapas posteriores de seguimiento. Con ello se busca dar una protección efectiva del ejercicio de dichos derechos, ya que, a través de una participación activa del Estado, se pretende generar respuestas adecuadas a cada situación de vulneración, tratando a su vez de anticiparlas. Es por ello que dentro de las ideas matrices del proyecto se establece claramente que se trata de una *ley de garantías* y que por ende se dirige directamente a garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de los niños.

Se plantea además su función como “*ley marco*”, esto es, una ley que servirá de guía para una serie de reformas normativas que permitan su adecuada implementación y vigencia. Esta situación es relevante toda vez que, si el proyecto llega a convertirse en ley, influirá directamente en una eventual reforma en materia de adopción.

En relación al problema de coordinación antes referido, el proyecto plantea la funcionalidad de las garantías que contempla a través de un sistema coordinado, que involucrará una nueva institucionalidad a cargo de asumir este rol. Principalmente destaca la creación de una Subsecretaría de la Niñez dentro del Ministerio de Desarrollo Social, la creación de un Servicio Nacional de Protección a la Infancia y la figura de un Defensor de la Niñez. Esta última institución resulta especialmente innovadora, puesto que recoge una serie de figuras existentes a nivel comparado para asumir la difícil tarea de subsanar las deficiencias del sistema actual de protección. La idea es que esta institución “*además de formar parte del sistema de garantías de derechos de la niñez, debe constituirse como un observador de las instituciones públicas y de aquellas personas jurídicas de derecho privado que tengan por objeto principal la promoción o protección de derechos de los niños o niñas, autónomo, que vele por su actuar respetuoso de estos derechos*”¹¹¹. Es por ello que el proyecto que

¹¹¹ Proyecto de ley, iniciado en Mensaje N° 3-364 del 22 de marzo de 2016, que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, párrafo 2. Boletín N° 10.584-07.

la crea, que se encuentra actualmente en tramitación bajo el Boletín N° 10548-07, establece como objeto de la Defensoría de la Niñez la *“difusión, promoción y protección de los derechos de que son titulares los niños y niñas que se encuentren dentro del territorio de la República, reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, así como en la legislación nacional, velando por su interés superior, respecto de los órganos del Estado y de aquellas personas jurídicas de derecho privado que tengan por objeto principal la promoción o protección de derechos de los niños y niñas”*¹¹².

Sin embargo, quizás uno de los puntos más innovadores del proyecto es que se otorgan al poder ejecutivo, en particular al Ministerio de Desarrollo Social, facultades para decretar medidas cautelares en pos la protección de los derechos de la niñez. Esto significa un importante reconocimiento de la falta de capacidad que actualmente los Tribunales han demostrado para asumir casi absolutamente por si solos la problemática en análisis. En efecto, se reconoce que *“actualmente, el ingreso a los programas de protección se efectúa a través de órganos judiciales que no están relacionados con la generación de políticas públicas ni tienen incidencia en el contenido de tales programas. Ello torna insuficientes los esfuerzos programáticos, sacrificando recursos del sistema”*¹¹³. En otras palabras, se reconoce el problema antes enunciado referido a la carencia de un actuar coordinado del Estado frente a las vulneraciones en los derechos de los niños. Sin embargo, cabe preguntarse si puede resultar conveniente abstraer la aplicación de este tipo de medidas a los tribunales, teniendo en consideración el tipo de derechos que se ven involucrados en estos casos. Por otro lado, aparece como un bálsamo a esta objeción el hecho que la aplicación de medidas que involucren la separación del niño de uno o ambos padres son privativas de los tribunales de familia.

Continuando con el análisis de los desafíos actuales en materia de adopción y teniendo en cuenta lo antes revisado a lo largo de este trabajo, queda en evidencia

¹¹² Op. cit., Artículo 2.

¹¹³ Proyecto de ley, iniciado en Mensaje N° 950-363 del 21 de septiembre de 2015, sobre Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, párrafo 6, p. 9. Boletín N° 10315 -18.

que una de las causas que contribuyen a la inadecuada utilización del régimen de adopción en Chile tiene que ver precisamente con una deficiente, por no decir inexistente, régimen de protección de derechos de la niñez.

En este sentido, la intención de establecer una ley marco para esta tarea y crear una nueva institucionalidad que permita su implementación es un avance enorme para resguardar los derechos de los niños y sin duda que contribuirá a limitar la adopción a aquellos casos límites en que no procede ninguna otra opción. Así, con un sistema que garantice efectivamente el ejercicio de estos derechos, la institución de la adopción podrá recobrar el rol para el cual fue concebida, y de esta manera se reducirán en una enormidad las vulneraciones de derechos.

Sin embargo, es muy pronto para celebrar una iniciativa de este tipo. La implementación de un sistema de garantía de esta envergadura requerirá de un actuar coordinado entre diversos órganos del Estado, y particularmente, requerirá de un trabajo conjunto entre poder ejecutivo y judicial. La dificultad de una empresa así, se contrapone a la necesidad urgente de mejoras en la institucionalidad y regulación de los órganos involucrados actualmente en la protección de los derechos de los niños.

E) Situación actual en materia de adopción.

Por otro lado, mientras se tramitan estas iniciativas, las estadísticas dan cuenta de una realidad a nivel nacional en materia de adopción que se encuentra lejos de ser ideal. Además de todas las deficiencias normativas y que tienen que ver con el fundamento último de la adopción, existen otros problemas prácticos que contribuyen en ahondar la crisis de la institución. Así, por ejemplo, la tendencia a nivel nacional es evidente respecto a quienes participan en los programas de adopción. En Chile, son los matrimonios quienes concentran la mayoría de las solicitudes de adopción. En efecto, en el año 2014, de un total de 1168 solicitantes, 1004 de ellos correspondieron a matrimonios¹¹⁴, es decir, casi un 86%. Esta concentración de un solo tipo de solicitante tiene que ver con el orden de prelación que establece la ley N° 19.620 en

¹¹⁴ SERVICIO NACIONAL DE MENORES. Anuario Estadístico 2014, p. 23.

los artículos 20 y 21 antes transcritos. Esta preferencia de la ley por una familia matrimonial contrasta con los avances que han existido en los últimos años respecto a los derechos de nuevas formas de constituir familia. Antes de entrar en este tema, cabe señalar que del total de solicitantes solo 493 fueron declarados como idóneos¹¹⁵. Es más, en ese mismo año, de esos 493 solicitantes declarados como idóneos, solo 14 de ellos no correspondieron a un matrimonio, siendo 13 de ellos correspondientes a personas solteras y una persona separada judicialmente¹¹⁶. Esto muestra la influencia que tiene este orden de prelación en la determinación de quienes pueden adoptar en Chile. Si bien el que solo cerca del 42% de los solicitantes fueran declarados como idóneos no está explicado, podría tal vez deberse a una falta de capacidad del sistema para asumir el volumen de solicitantes o bien por una posible la rigidez de los filtros para declarar la idoneidad. Sin embargo, no deja de ser relevante que el número de solicitantes declarados como idóneos sea tan bajo, sobre todo si se considera que el tiempo de espera de los solicitantes desde su idoneidad hasta el enlace adoptivo fue en promedio de 361,1 días¹¹⁷. En definitiva, todos estos datos dan cuenta que el sistema no demuestra la agilidad necesaria para responder a la necesidad de miles de niños de ser adoptados y que sufren vulneraciones constantes en sus derechos y se ven expuestos a largas permanencias en el sistema residencial, con las consecuencias que ello implica y que fueron analizadas previamente.

Esta es una de las razones por las cuales es preciso que las futuras iniciativas en materia de adopción consideren la posibilidad de ampliar el espectro de adoptantes y terminar con un orden de prelación que en la actualidad parece anticuado y arbitrario, toda vez que restringe la posibilidad de adoptar casi únicamente a los matrimonios, siendo que hoy existen nuevas formas de formar familia que de a poco se han incorporado a la legislación de familia vigente en el país.

¹¹⁵ Op. cit. p. 25.

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ Op. cit. p. 26.

F) Nuevas formas de constituir familia y la adopción.

En efecto y en relación al reconocimiento legal de la existencia de otras formas de formar familia, cabe destacar que a partir del mes de octubre del año 2015 entró en vigencia en Chile la ley N° 20.830 que creó el Acuerdo de Unión Civil, que se configura como una institución destinada precisamente a regular los efectos jurídicos derivados de la vida afectiva común, estable y permanente, entre dos personas que comparten un hogar¹¹⁸.

Esta ley viene en regular y reconocer la existencia de otras formas de conformar una familia, distintas al matrimonio. Las personas que celebran este acuerdo pasan adquirir un nuevo estado civil denominado *convivientes civiles* y, además, destaca por sobre todo el hecho que la legislación no distingue el género de los contrayentes, razón por la cual parejas homosexuales han podido regular sus relaciones.

Pese al importante avance que significó la promulgación de esta ley para los derechos de las minorías sexuales y para aquellas personas que requerían urgentemente amparo legal para sus relaciones de familia y que no veían el matrimonio como una alternativa viable, es preciso reconocer que dentro de las numerosas reformas legales que la nueva norma introdujo, no existe mención alguna a la situación de los convivientes civiles respecto a la adopción. Es decir, no existe modificación alguna a la ley N° 19.620 que considere a los convivientes civiles como adoptantes.

En efecto, revisando la discusión parlamentaria sobre la referida ley, pueden sacarse diversas conclusiones al respecto. Enfrentados a la posibilidad de derechamente legislar acerca del matrimonio igualitario y lo que ello podría implicar en materia de adopción, se vislumbran diversas posiciones. En base a argumentos morales y jurídicos se habló de la imposibilidad que convivientes civiles adoptaran. Sobre el particular se dijo que *“esto no es compatible con la obligación internacional del Estado de Chile, consagrada en el artículo 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en razón del cual se obligó siempre a actuar en el sentido del*

¹¹⁸ Ley N° 20.830, Artículo 1.

*"interés superior del niño"*¹¹⁹. A su vez, queda en evidencia la convicción de gran parte del ente legislativo respecto a que la discusión acerca de la posibilidad de que los convivientes civiles pudieran ser considerados como adoptantes, era materia de *"otra iniciativa"*¹²⁰, principalmente debido a que dicha discusión podría dilatar la discusión de la ley en cuestión, que en realidad podría ser bastante cierto, toda vez que el esfuerzo legislativo se centraba en regular de una vez por todas la situación de los convivientes entre sí, pero que en caso alguno justificaba legislar de forma incompleta la relaciones que se producen entre ellos.

Sin embargo, dentro del debate también se reconoció la situación actual en esta materia. Así, *"en relación a la adopción, estimó que lo ideal sería que a las parejas homosexuales se les permitiera adoptar. Para ello debe modificarse la ley respectiva. Hoy podrían acceder a la adopción como hombre soltero; sin embargo, se encuentran en una posición desmejorada frente a las parejas heterosexuales"*¹²¹. En otras palabras, existe total y absoluta conciencia que, legalmente, no habría impedimento a priori para que una persona homosexual adopte un niño, en la medida que cumpla con los requisitos impuestos por los órganos encargados de declarar la idoneidad como adoptante y participe en el orden de prelación que la ley establece para adoptar, es decir, como persona soltera. Puede que incluso durante ese proceso siquiera aparezca como antecedente la preferencia sexual del solicitante, ni la situación de convivencia de éste, lo que incluso deja la duda respecto a si efectivamente se han producido adopciones a personas homosexuales. En consecuencia, como en todo vacío legal, se producen situaciones al margen de la ley que pueden incurrir en contravenciones a lo que la ley vigente regula, cuestión que nos lleva a cuestionar acerca de la conveniencia de dilatar el debate legislativo en la materia.

¹¹⁹ Intervención del Senador Moreira. Discusión en Sala, Fecha 30 de septiembre, 2014. Diario de Sesión en Sesión 50. Legislatura 362. Regulación de Acuerdo de Vida en Pareja. Historia de la Ley 20.830. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile [www.bcn.cl/historiadelailey], documento generado el 27-Julio-2016, p. 624.

¹²⁰ Intervención del Senador Araya. Op. cit., p. 697.

¹²¹ Intervención del diputado Jiménez. Segundo Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Informe de Comisión de Constitución. Fecha 06 de enero, 2015. Informe de Comisión de Constitución en Sesión 114. Legislatura 362. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación Y Justicia recaído en el Proyecto de Ley que crea el Pacto de Unión Civil. Historia de la Ley 20.830, Op. cit., p. 757.

Resulta particularmente interesante el resultado final de la ley N° 20.830, en la que se omite una situación muy relevante, en cuanto se reconoce la posibilidad de que parejas “estables y permanentes” regularicen su relación, pero sin embargo se les priva la posibilidad de ser reconocidos como posibles adoptantes, cuestión que en muchos casos (parejas homosexuales) significa la única posibilidad de ser padres. Cabe destacar que la discusión tampoco debe centrarse solamente en las parejas homosexuales que celebran un Acuerdo de Unión Civil, sino también en las parejas heterosexuales que lo hacen (que son la mayoría en términos de contrayentes a nivel nacional)¹²². El problema radica en dos situaciones puntuales. Primero, en que no se está otorgando protección jurídica para quienes quieren formar una familia bajo el amparo de esta nueva institución, y segundo, no se está admitiendo de forma directa la posibilidad de que miles de niños que sufren de vulneración en sus derechos en el sistema residencial sean acogidos por el importante número de familias nuevas que se han formado bajo la vigencia de esta nueva ley.

En efecto, debe reconocerse que *“la familia, cualquiera sea la forma que ésta adopte, constituye un espacio personalísimo de asociación, el cual, fundado en la existencia de una especial afectividad entre sus miembros, e inspirada en el mutuo respeto, solidaridad y consideración, proporciona a cada uno de ellos un soporte moral y material insustituible, hasta el punto que es posible afirmar que no existe en nuestra sociedad otra institución en la cual podamos encontrar los bienes que ésta nos proporciona”*¹²³. Tal es la importancia de esta institución, que no reconocer su existencia en formas no tradicionales constituye una grave omisión por parte del Estado, la que se ve fuertemente aplacada por la creación del Acuerdo de Unión Civil, pero que está lejos de ser comprensiva de las necesidades actuales en materia de respeto a las minorías sexuales y otras formas de formar familia, distinta al matrimonio.

¹²² Al 28 de enero de 2016, de las 2.808 parejas que han optado por el Acuerdo de Unión Civil, el 72% (2.016) son heterosexuales y el 28% (792) del mismo sexo. Fuente: GONZÁLEZ ISLA, Carlos. “2.808 parejas han optado por el Acuerdo de Unión Civil y otras 5.347 ya reservaron hora”. La Tercera. 1 de febrero del 2016. En línea: [http://fw.to/iRMMefC]

¹²³ CORNEJO AGUILERA, Pablo. “Análisis legislativo del proyecto de ley que establece el Acuerdo de Vida en Pareja” (Boletín n° 7873-07). Universidad de Chile. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado N° 3, julio 2013, p. 269.

En base a esta situación y sin ánimo de entrar en un análisis extensivo en la materia, es preciso analizar la posibilidad de que convivientes civiles adopten, sean o no parejas homosexuales, puesto que este nuevo tipo de familias se están incorporando de forma acelerada en nuestra sociedad, y las exigencias en materia de derechos de la niñez importan al menos considerar dicha posibilidad como una alternativa en pos de la protección de los referidos derechos.

En primer lugar, cabe adelantar que *“que la adopción se constituye en un medio de protección del derecho fundamental del niño a tener una familia y no una garantía de las parejas del mismo sexo”*¹²⁴. Es importantísimo considerar y no olvidar que el foco de la atención siempre está en resguardar el derecho de los niños de vivir en el seno de una familia y no en un supuesto “derecho a adoptar” que podría ser invocado.

Cualquier otra aproximación a la problemática involucraría alejarse de los objetivos para los cuales la adopción fue creada, esto pues, *“la adopción es una institución jurídica de protección y garantía de los derechos del menor, por lo cual no sería adecuado enfocar la adopción hacia la pareja adoptante, sino que por el contrario debe enfocarse hacia el mismo menor, quien es el principal beneficiado de pertenecer a un núcleo familiar, garantizado por un vínculo jurídico de afinidad producto de la adopción”*¹²⁵.

A mayor abundamiento, en muchos casos se ha tratado de justificar la posibilidad de que parejas homosexuales en virtud del principio de igualdad de derechos. Pese a que la existencia de dicho principio es innegable y que sin duda debe ser el criterio orientador de todo ordenamiento jurídico actual, en caso alguno puede ser el eje que promueva la adopción homoparental. Esto pues, como se analizó a lo largo de este trabajo, la adopción trata de una institución destinada a resguardar precisamente el interés superior del niño, en el sentido de reivindicar su derecho a crecer bajo el seno de una familia y, por tanto, abordar la problemática involucra

¹²⁴ ESTRADA-VÉÑEZ, Sergio. *“Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo”*. Opinión Jurídica, Vol. 10, N° 19, enero-junio 2011, Medellín, Colombia, p. 27.

¹²⁵ BUTRAGO, Nicolás y CABRERA, Angie. *“Colombia en el marco del sistema interamericano de derechos humanos: El desafío de la adopción conjunta por parte de parejas del mismo sexo”*. Univ. Estud. Bogotá, Colombia, N° 11, enero-diciembre 2014, p. 110.

considerarlos como objeto de regulación y no como sujetos de derecho. Decir que toda persona tiene el derecho a adoptar en pos de la igualdad es erróneo, toda vez que la situación de la adopción debe ser en función de los niños. En consecuencia, lo que existe es el derecho de los niños de crecer bajo el seno de una familia que sea capaz de otorgarle las condiciones necesarias para su adecuado desarrollo. Desde el punto de vista de los adoptantes, lo que sí debe considerarse es su derecho a formar una familia y de no ser discriminados en cuanto a la regulación de sus relaciones de pareja y la posibilidad de someterse a los procedimientos de evaluación como sujetos idóneos para la adopción.

Abordando la problemática desde el punto de vista de los niños y la primacía de sus derechos por sobre otros intereses que puedan influir en materia de adopción, es posible analizar con un criterio claro la conveniencia de que estas nuevas familias, amparadas por el Acuerdo de Unión Civil, sean consideradas como adoptantes, estén o no conformadas por parejas homosexuales.

En contra de la posibilidad de que los convivientes civiles puedan integrar el orden de prelación de los adoptantes se ha dicho que *“el acuerdo de unión civil, al no generar obligaciones familiares entre los convivientes, no asegura la estabilidad necesaria para la educación y cuidado del niño. Precisamente, el AUC se caracteriza -y así lo quisieron quienes propiciaron esta ley- por ser una unión disoluble, que no contempla las mismas obligaciones familiares que el matrimonio, y cuyo término puede depender, incluso, de la sola voluntad de uno de los convivientes, poniendo en riesgo la estabilidad necesaria para que la familia sustitutiva ofrezca un ambiente de afecto y cuidado permanente y estable para el niño”*¹²⁶.

Sobre lo anterior, cuando se trata la problemática con atención al interés superior del niño, el hecho que el Acuerdo de Unión Civil tenga causales de disolución¹²⁷ que permiten ponerle término con cierta facilidad, puede generar una

¹²⁶ COMUNIDAD Y JUSTICIA. *“Exposición sobre proyecto de ley de Reforma Integral al Sistema de Adopción en Chile, relativo al orden de prelación de la adopción y el Acuerdo de Unión Civil”* (Boletín N° 9119-18). Comisión de Familia y Adulto Mayor, Cámara de Diputados, Valparaíso, 1 de julio de 2015., p. 6.

¹²⁷ Ley N° 20.830. Artículo 26. *“El acuerdo de unión civil terminará: a) Por muerte natural de uno de los convivientes civiles. b) Por muerte presunta de uno de los convivientes civiles, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 43 de la ley N° 19.947, sobre matrimonio civil. Terminará también por la comprobación judicial de la muerte de uno de los convivientes civiles efectuada por el juez del último domicilio que el difunto haya tenido en Chile, en los términos*

apariencia de inestabilidad de la relación de pareja que aparentemente sería contraria a los fines que se persiguen con la adopción, esto es, precisamente dar un hogar estable al niño que no cuenta con uno.

Sin embargo, esta cierta *facilidad* para poner término al Acuerdo de Unión Civil no implica necesariamente que sea una institución temporal ni mucho menos. Al contrario, esta redacción de la ley se apega a una necesidad de facilitar las transiciones entre relaciones de pareja que en muchos casos pueden ser complejas y acarrear una sobreexposición a situaciones de vulneración dentro de la misma familia. Es más, esta situación puede perfectamente replicarse dentro de un matrimonio, puesto que el quiebre de una pareja es transversal a cualquier tipo de figura que la regule, lo que en consecuencia implica que un matrimonio puede ser igualmente inestable que cualquier otro tipo de relación. Además, las barreras para poner término al matrimonio contribuyen muchas veces en ahondar en la crisis familiar más que en significar una salida pacífica del conflicto. Por ello, muchas veces resultará que sean los niños quienes pagan el precio de un proceso de quiebre que se alarga más de lo necesario.

Otro argumento muy común en contra la adopción homoparental es que los niños criados bajo el seno de este tipo de familias serán afectados en su desarrollo en desmedro a una familia tradicional. Es más, se ha dicho que *“no existe ningún estudio suficientemente amplio y satisfactoriamente realizado desde el punto de vista metodológico que avale la inocuidad, o al menos la indiferencia, de la adopción de niños y niñas por parejas del mismo sexo con respecto a parejas heterosexuales establemente comprometidas en el matrimonio. Por el contrario, existen estudios aceptablemente diseñados que indican que lo niños y niñas criados por personas del mismo sexo presentan peores valores en diferentes indicadores de salud o sociabilidad”*¹²⁸.

prescritos en los artículos 95 y 96 del Código Civil. c) Por el matrimonio de los convivientes civiles entre sí, cuando proceda. d) Por mutuo acuerdo de los convivientes civiles, que deberá constar por escritura pública o acta otorgada ante oficial del Registro Civil. e) Por voluntad unilateral de uno de los convivientes civiles, que deberá constar por escritura pública o acta otorgada ante oficial del Registro Civil. [...] f) Por declaración judicial de nulidad del acuerdo. [...]”

¹²⁸ DE IRALA, Jokin y LÓPEZ DEL BURGO, Cristina. “Los estudios de adopción en parejas homosexuales: mitos y falacias”. Cuad. Bioét. XVII, 2006/3, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, España, p.389.

Es efectiva la existencia de numerosos estudios sobre este tema, de los cuales existen resultados dispares hacia una y otra postura. Estudios que se refieren a enfermedades mentales y otro tipo de problemáticas sociales son comunes, sin embargo, debido a las diferencias en los parámetros y el sesgo en cuanto a las variables y grupos sobre los que recaen estos estudios, no puede decirse con total propiedad que un niño criado por una familia homoparental se vea afectado en su desarrollo en condiciones realmente diversas a las de un niño criado por una familia heteroparental.

Otras críticas en torno a la posibilidad de parejas homosexuales de adoptar se han centrado en la visión tradicional de la familia. En efecto, se ha dicho que *“la semejanza a la familia de origen o biológica y la estabilidad, justifican que la unión matrimonial sea la que ocupe el primer orden de preferencia. Sin embargo, las parejas homosexuales vinculadas a través de un acuerdo de unión civil, no cumplen con ninguna de dichas características. En primer lugar, debido a que el niño no estaría bajo el cuidado de un hombre (padre) y una mujer (madre), sino de una pareja del mismo sexo. En este sentido, la filiación se entregaría a ambos en calidad de padre-padre o madre-madre, lo que contravendría el sentido primario del derecho de familia, que se funda en la familia originada por un vínculo entre personas de distinto sexo”*¹²⁹. Sobre este tipo de opiniones cabe recordar la ausencia de una definición de familia dentro de nuestro ordenamiento jurídico y que, por tanto, dicha noción para efectos de la adopción debe ser aquella en que se reconozca el interés superior del niño en el sentido de que constituya un espacio para el adecuado desarrollo de este. Por ende, la discusión debe centrarse en si una familia homoparental puede hacerse cargo de un niño que necesite de su cuidado, y resguardar sus derechos de la misma forma en que podría o no hacerlo un matrimonio o pareja heterosexual.

La discusión en definitiva es compleja, toda vez que *“si se acepta la adopción si afecta la integridad moral, psicológica y sexual del menor (problemas eventuales e inciertos que no están documentados pero que en aras de la discusión se asumirán como ciertos); si no se acepta, se afecta igualmente la personalidad del menor en la*

¹²⁹ COMUNIDAD Y JUSTICIA. Op. cit., p. 7.

*medida que no promueve la construcción de lazos afectivos y de capacidades para la vida que le permitan su inclusión social (daños ciertos y documentados)”*¹³⁰. En consecuencia, la adopción homoparental debe ser considerada al menos como alternativa, toda vez que el foco de atención debe estar en qué es lo más conveniente para un niño. Por ello, la discusión debiese estar en determinar de forma efectiva qué es lo que en definitiva resulta más perjudicial, que un niño sea adoptado por una familia homoparental que eventualmente podría influir negativamente en su desarrollo (no comprobado), o que un niño que se encuentra en una situación de vulneración de derechos y que forma parte del sistema residencial, con todos los problemas que ello implica, se exponga a larguísimos tiempos de permanencia en la debilitada institucionalidad, por la restricción que permite sólo a los matrimonios adoptar.

Sin ser la intención del presente trabajo ahondar en este tema, en consideración de lo expuesto en el párrafo anterior, se puede anticipar que, si no existe evidencia científica que indique que un niño a cargo de una familia homoparental es más propenso a sufrir enfermedades mentales y o a sufrir de vulneración en sus derechos, que en el caso de ser parte de una familia heteroparental, no habría justificación a priori para negar la posibilidad de que familias constituidas por personas del mismo sexo tengan la posibilidad de participar de los procesos de idoneidad como adoptantes en igualdad de condiciones que los matrimonios. En efecto, *“la orientación sexual no puede ser un criterio de discriminación objetiva para poder determinar que los padres homosexuales no son una adecuada figura de enseñanza para los niños y mucho menos que estas personas son capaces de formalizar una familia”*¹³¹. En consecuencia, realizando una ponderación objetiva de los derechos e intereses que se enfrentarán en esta problemática, debe primar el interés superior del niño, que se concretiza precisamente en la posibilidad de crecer en el seno de una familia que le provea los medios para su desarrollo. No parece razonable privar a un niño de este derecho ni de prolongar su permanencia en un estado de vulneración sólo por la consideración de que solo uno es el modelo de familia que existe -tradicional- o aquellas que, sin evidencias científicas, proclaman la existencia de supuestas malas

¹³⁰ ESTRADA-VÉÑEZ, Sergio. Op. cit., p. 34.

¹³¹ BUTRAGO, Nicolás y CABRERA, Angie. Op. cit., p.116.

prácticas parentales por el simple hecho de tener un padre de una determinada condición sexual. Un estado con una importante deuda en materia de protección de derechos de los niños no puede darse el lujo de negar la posibilidad que un niño sea adoptado por una familia que tiene las condiciones para hacerse cargo de él por el solo hecho de sus preferencias sexuales.

Una solución a la problemática de la adopción homoparental es la permisibilidad del matrimonio igualitario. En efecto, actualmente ya se está trabajando con un anteproyecto en la materia y que ya se encuentra en la agenda del Gobierno para ser presentado al Congreso en el año 2017. Sobre el tema, se establece que *“en lo que respecta a la filiación por adopción, considerando que la actual normativa permite adoptar a los “cónyuges” que cumplan con los requisitos establecidos en la ley, la misma regla se aplicará en consecuencia a los cónyuges del mismo sexo. En todo caso, la reforma integral de la ley de adopción es objeto de otro proyecto de ley¹³²”*.

Esta es la vía que han tomado diversos países al momento de legislar en la materia. Así por ejemplo fue en el caso de Holanda (2001), España (2005), Argentina (2010), Brasil (2010), Uruguay (2013), Colombia (2015), entre otros.

Cabe destacar que los fundamentos de las reformas en estos países se encuentran principalmente en el principio de igualdad. En el afán de reivindicar los derechos de las minorías sexuales, el objetivo era equiparar los derechos y deberes de los cónyuges, cualquiera sea su preferencia sexual, lo que en consecuencia derivó en que el principio de igualdad irradiara todo el derecho de familia, y también la filiación adoptiva.

Reconociendo de antemano que el resultado es el mismo, esto es, que las parejas homosexuales constituidas formalmente (unión civil o matrimonio) puedan adoptar, no es menos importante el fundamento que da origen a dicha posibilidad. Es esencial entender que en esta materia el foco de atención debe estar centrado en los

¹³² ANTEPROYECTO. LEY DE MATRIMONIO IGUALITARIO. Versión 31 de marzo de 2016, elaborado por el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, con la participación de los profesores Gabriel Hernández, Fabiola Lathrop y Mauricio Tapia y del ayudante Francisco Alvarado; en virtud del convenio celebrado entre dicha Facultad y la Fundación Iguales. Sección II, párrafo 8, p. 4.

derechos de los niños y, por tanto, la discusión debe partir desde esta premisa. Si bien el tema del matrimonio igualitario aparece como un paso importante es pos de la igualdad de derechos de las minorías, ello en caso alguno puede ser el fundamento de una reforma en materia de adopción, que como se ha manifestado a lo largo de este trabajo, está construida como una herramienta de resguardo de los derechos de la niñez. No es coherente con ello que la discusión se aborde desde la igualdad del derecho a ser padre o el derecho a adoptar.

3. PROPUESTAS Y POSIBLES SOLUCIONES

Teniendo a la vista el escenario en Chile en relación al sistema de protección de derechos de la niñez, es posible formular ciertas propuestas referidas al mejoramiento del modelo actual en materia de adopción. Sin querer dar solución a un problema sumamente complejo, no deja de ser importante recalcar el hecho que la situación actual es crítica, y que revertirla, o al menos aminorarla, es un tema urgente, que requiere de una participación activa del Estado y la ciudadanía si el objetivo es poner freno al sufrimiento de miles de niños, quienes conviven e incluso fallecen dentro de un sistema que no los ayuda, si no que perpetúa su situación con violación constante de sus derechos.

A) Garantía efectiva de la subsidiariedad de la adopción como requisito para el resguardo del interés superior del niño.

En primer lugar, del análisis realizado en el primer capítulo de este trabajo, se ha expresado que existen una serie de derechos fundamentales que deben entrar en juego en un proceso de adopción. Además, se dijo que dentro de este conjunto de principios aparece un supra principio denominado interés superior del niño que, si bien sirve como criterio orientador de toda decisión en materia de adopción, solo es posible cumplir con él cuando la ha existido una adecuada ponderación de los derechos e intereses de cada niño y que convergen en cada caso.

En efecto, siendo el objetivo de la adopción amparar el derecho del adoptado de 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, cada vez que ello no puede serle proporcionado por su familia de origen, su hipótesis de aplicación solo debiera restringirse a una situación específica y puntual, la cual, en caso de no ser debidamente configurada, puede involucrar una gravísima vulneración de otros derechos de los niños, igualmente importantes, como su derecho a la identidad personal y la preferencia de la familia biológica, entre otros.

En consecuencia, una adecuada ponderación de estos derechos, en conjunto con el interés superior del niño, necesariamente requiere de un trabajo secuencial, en cuanto obliga a agotar las instancias de protección y asegurar que la adopción es una institución esencialmente subsidiaria. Así, preservar el derecho de un niño a su identidad personal y biológica, cuestión que va derechamente en pos de garantizar su propio interés superior, requiere necesariamente que los primeros esfuerzos del Estado se enfoquen precisamente en un trabajo con la familia de ese niño, a fin de agotar la posibilidad de que sea ésta quien se haga cargo de él, y limita así la posibilidad de que sea adoptado al caso en que ello no sea posible. De esta forma, sólo si ha habido un adecuado trabajo sobre los factores de riesgo que afectan el desarrollo de un menor, tales como las habilidades parentales o la situación económica de las familias más vulnerables, es posible establecer que la adopción, en caso de que haya procedido, se hizo indudablemente en consideración al interés superior del niño.

Lo que ocurre en definitiva es que un sistema de adopción ideal sería aquel que asegure de manera absoluta su aplicación subsidiaria, para lo cual es preciso que cuente con un sistema de protección de derechos de la niñez que, funcionando paralelamente a éste, genere las condiciones en la familia de origen necesarias para asegurarlo.

B) Consagración de una política integral y general en materia de protección de derechos de la niñez como fundamento del sistema de adopción.

En efecto, si existiese un sistema integral de protección de los derechos de la niñez, podría diseñarse un trabajo coordinado sobre los niños en situación de vulneración de derechos, para así enfocar los esfuerzos con el objetivo que sean las familias de origen quienes se hagan cargo de sus hijos. Es decir, existiendo un trabajo real con las familias y los niños, identificando las fuentes de la vulneración en sus derechos y poniéndoles freno a cada uno en consideración a su entidad, se generan las condiciones para que la decisión del Estado (judicial o administrativa) relativa a las medidas de protección de un niño, se haga con el fundamento necesario que permita establecer que se hizo considerando todas las variables posibles y en atención al interés superior de éste. Así, en caso de ser procedente la adopción, existirá un adecuado fundamento para dicha decisión, y se garantizará de manera efectiva que su aplicación cumplió con los supuestos para los cuales fue concebida.

De este modo, consagrar legalmente una política de Estado en materia de protección de derechos de la niñez es fundamental para garantizar una adecuada aplicación de la adopción en Chile. La implementación de una política general en esta materia puede significar el paso necesario para iniciar un proceso de concientización a nivel nacional de la problemática y eventualmente, permitirá dar cumplimiento a los estándares establecidos en la normativa internacional sobre la materia.

Una vez establecida esta política general, se podrán fijar las bases para un mejoramiento institucional, tanto a nivel de organización como en infraestructura, y de esta manera alcanzar cierto nivel de coordinación entre los organismos encargados de protección de derechos y los que intervienen en los procedimientos de adopción.

C) Ampliación efectiva de la calidad de adoptante respecto a convivientes civiles sin distinción de orientación sexual.

Finalmente, es preciso que todo eventual proceso de reforma se encargue expresamente de reconocer la configuración que actualmente tienen las familias del país, para de este modo ampliar la protección que la ley establece para aquellas uniones tradicionales. Si bien este reconocimiento debe ir en pos de contribuir en el resguardo de los derechos de estas nuevas familias, desde el punto de vista de la adopción es preciso que la ampliación del concepto se haga a partir de la necesidad de incorporar nuevos actores en igualdad de condiciones a la posibilidad de satisfacer el derecho de un niño de vivir en familia. Considerando los avances que han existido en cuanto a la constitución formal de estas relaciones, es preciso ahondar en esta protección a la familia, pero siempre teniendo en cuenta que toda equiparación en las condiciones de formarla debe ser precedida por una consideración respecto al beneficio que un niño vulnerado pueda sacar de ser acogido por ella.

CONCLUSIONES

En atención a lo ya expuesto a lo largo del presente trabajo, se puede arribar a las siguientes conclusiones:

1. La adopción es una de las principales herramientas existentes en nuestro ordenamiento jurídico para tutelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes que carecen de una familia que les provea los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo.
2. El sistema de adopción chileno, vigente desde el año 1990, tuvo desde su origen la finalidad de adecuarse a las exigencias de diversos instrumentos internacionales que marcan la pauta en la materia. Sin embargo, a casi 16 años de vigencia, la realidad nacional da cuenta de un grave problema en materia de protección de derechos de la infancia que deviene en una inadecuada aplicación de la institución de la adopción.
3. En los procedimientos relativos a la adopción convergen una serie de derechos que deben ser adecuadamente ponderados para efectos de asegurar la aplicación subsidiaria de la institución. El supra principio del interés superior del niño se establece como el objetivo general en la materia. Sin embargo, la amplitud del concepto implica que la definición de éste en cada caso en concreto quede radica en los jueces, quienes, para satisfacer a cabalidad dicho interés, deberán considerar todos los derechos que las leyes aseguran a los niños antes de decidir acerca de la conveniencia de separarlo de su familia de origen para ser sujeto de adopción.
4. Dentro de los derechos fundamentales involucrados en la adopción destaca el derecho a la identidad, el cual, tanto en su fase estática como dinámica, normalmente se verá considerablemente afectado en los casos en que opere dicha

institución. En este sentido, para su debido resguardo cobra relevancia el aseguramiento de la aplicación subsidiaria de la adopción y del derecho a conocer la verdad biológica. Sólo cuando se aseguran dichas condiciones se estará obrando en pos del interés superior del adoptado, toda vez que la afectación a su identidad tendrá como compensación la posibilidad de reconstruir su historia personal y sus orígenes, para el caso que la adopción fuese la única medida para asegurar su desarrollo.

5. Las deficiencias del sistema de adopción vigente se deben a una inadecuada interpretación de la normativa, que tiene su origen en las deficiencias del sistema proteccional de derechos de la niñez y que genera una inadecuada aplicación de la institución. Se observa que la ausencia de un marco normativo único en materia de medidas de protección de derechos de la infancia contribuye en generar las condiciones para una aplicación inadecuada de medidas que implican la separación del niño de su núcleo familiar, lo que implica una perturbación de derecho a vivir en familia y que da pie a la apertura de procedimiento relativos a la adopción destinados a restablecer ese derecho.
6. La realidad nacional en materia de protección de derechos de la infancia es preocupante, toda vez que se vislumbra una institucionalidad en crisis y que no ha sido capaz de encargarse de evitar o poner freno las situaciones de vulneración que sufren miles de niños. Esta situación, afecta directamente a la adopción, toda vez que puede ser considerada como una pieza más dentro de este sistema proteccional. De esta manera, se hace necesaria una restructuración del sistema proteccional que implique modificaciones al régimen de adopción que permitan asegurar su debida aplicación y revalorizar su carácter subsidiario.
7. Las exigencias que genera la situación crítica de vulneración que sufren miles de niños en sus derechos, hacen urgente la persecución de un fortalecimiento en materia de protección de derechos de la infancia y la corrección de los defectos y vacíos que existen en el sistema de adopción. Se hace necesaria una reforma en

la institucionalidad y los procedimientos para efectos de garantizar una protección efectiva al derecho a la identidad y la aplicación subsidiaria de la adopción. Además, es precisa una revisión de los procesos de calificación para determinar la idoneidad cómo adoptante y considerar la existencia de nuevas formas de constituir familia que existen para que puedan ser incorporadas en estos procesos.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALBERT, Catalina. 2016. "*Hogares de menores: acta del Poder Judicial revela la incompetencia del Sename*". [en línea] CIPER Chile. 19 de mayo, 2016. <<http://ciperchile.cl/2016/05/19/hogares-de-menores-acta-del-poder-judicial-revela-la-incompetencia-del-sename/>> [consulta: 15 septiembre 2016]
2. BERNAL CRESPO, Sandra. "*Los Derechos Fundamentales del menor adoptado frente a la irrevocabilidad de la adopción*". Estudios constitucionales. 2013, vol.11, n.1, pp. 605-620.
3. BÍSCARO, Beatriz. "*La adopción y el derecho a la identidad a la luz de la Constitución Nacional*". Revista Jurídica, 15, 2011. Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), pp. 60-78.
4. BUTRAGO, Nicolás y CABRERA, Angie. "*Colombia en el marco del sistema interamericano de derechos humanos: El desafío de la adopción conjunta por parte de parejas del mismo sexo*". Univ. Estud. Bogotá, Colombia, N° 11, enero-diciembre 2014.
5. CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe de la Comisión Especial Investigadora del funcionamiento del Servicio Nacional de Menores (SENAME), 4 de marzo de 2014.
6. CILLERO BRUÑOL, Miguel. "*El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*". Justicia y Derechos del Niño, Número 9, UNICEF. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Santiago, Chile, agosto 2007, pp. 125-142.
7. COMUNIDAD Y JUSTICIA. "*Exposición sobre proyecto de ley de Reforma Integral al Sistema de Adopción en Chile, relativo al orden de prelación de la adopción y el Acuerdo de Unión Civil*" (Boletín N° 9119-18). Comisión de Familia y Adulto Mayor, Cámara de Diputados, Valparaíso, 1 de julio de 2015., p. 6.

8. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 2009. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. Naciones Unidas, Asamblea General, 11° periodo de sesiones.
9. CORNEJO AGUILERA, Pablo. “*Análisis legislativo del proyecto de ley que establece el Acuerdo de Vida en Pareja*” (Boletín n° 7873-07). Universidad de Chile. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado N° 3, julio 2013.
10. CORRAL TALCIANI, Hernán. “*Adopción y Filiación Adoptiva*”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
11. CORRAL TALCIANI, Hernán. “*Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: Los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos*”. Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 2, 2010, pp. 57-88.
12. CORTE SUPREMA. Oficio N° 123 -2015, dirigido a Comisión de Familia y Adulto Mayor, H. Cámara de Diputados. Informe Proyecto de Ley 37-2015, Boletín N° 10.315-18, Santiago, 17 de noviembre de 2015, párrafo 4.
13. CORTE SUPREMA. Oficio N° 141-2013, Informe proyecto de ley 39-2013, Boletín 9119-18. Cámara de Diputados, Legislatura 361ª, Sesión 94ª, 27 de noviembre de 2013.
14. COURT MURASSO, Eduardo. “*Nueva ley de Filiación. Ley N° 19.585 Filiación y Derechos Sucesorios. Ley N° 19.620 de Adopción*”. Editorial Jurídica Conosur Limitada. Segunda Edición, Santiago (2000).
15. DE IRALA, Jokin y LÓPEZ DEL BURGO, Cristina. “Los estudios de adopción en parejas homosexuales: mitos y falacias”. Cuad. Bioét. XVII, 2006/3, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, España, p. 377-389.
16. DE LA MAZA, Camila y RIVEROS, María Paz. “*Derechos Humanos De La Infancia Y Adolescencia: Política Pública de Protección de Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes*”. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, pp. 417-446.

17. DE LA MAZA, Camila, RIVEROS, María Paz y ZARZAR, María Paz. *“Derechos humanos de la infancia y adolescencia: ¿asegura el Estado a los niños, niñas y adolescentes el derecho a vivir en el seno de una familia?”* Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, pp. 337-362.
18. ESPINOZA, Julio; YURASZECK, Jennifer y SALAS, Cecilia. *“Adopción: Una familia para un niño o una forma de hacer familia”*. Revista chilena de pediatría. Vol.75, n.1, 2004, pp. 13-21.
19. ESTRADA-VÉÑEZ, Sergio. *“Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo”*. Opinión Jurídica, Vol. 10, N° 19, enero-junio 2011, Medellín, Colombia, p. 27.
20. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *“¿Qué es ser “persona” para el Derecho?”*. Derecho Privado, Libro en Homenaje a Alberto J. Bueres, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
21. FERRARI, Miriam. *“Derecho a la identidad personal”*. [en línea] <<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/36d9710046e11ed29d189d44013c2be7/Derecho+a+la+identidad+personal.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=36d9710046e11ed29d189d44013c2be7>> [consulta: 20 mayo 2015]
22. GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. *“Comentarios al Boletín N° 9119-18. Reforma Integral al sistema de adopción en Chile”*. Universidad de Chile. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado N° 4, diciembre 2013, pp. 277-280.
23. GONZÁLEZ ISLA, Carlos. *“2.808 parejas han optado por el Acuerdo de Unión Civil y otras 5.347 ya reservaron hora”*. La Tercera. 1 de febrero del 2016. En línea: <<http://fw.to/iRMMefC>> [consulta: 18 agosto 2016]
24. HERRERA, Marisa. *“El decálogo de la adopción a la luz de la reforma del Código Civil”*. [en línea] <<http://www.serfamiliarporadopcion.org/compartiendo/lecturas/articulos/3934-el-decalogo-de-la-adopcion-a-la-luz-de-la-reforma-del-codigo-civil-marisa-herrera#.VbY9evmqko>> [consulta: 27 julio 2015]

25. JARA, Matías y ALBERT, Catalina. 2016. "*Tribunales de Familia: las graves deficiencias del sistema de peritos*". 2016. [en línea] CIPER Chile. 20 de agosto, 2016. <<http://ciperchile.cl/2016/08/30/tribunales-de-familia-las-graves-deficiencias-del-sistema-de-peritos/>> [consulta: 15 septiembre 2016]
26. LABRA, A. y ÁLVAREZ, M. E. "*Gobierno se abre a trámite de adopción por parte de parejas homosexuales*". La Tercera. [en línea] 6 de julio de 2015. <<http://www.latercera.com/noticia/politica/2015/07/674-637535-9-gobierno-se-abre-a-tramite-de-adopcion-por-parte-de-parejas-homosexuales.shtml>> [consulta: 27 julio de 2015].
27. LARRAÍN ASPILLAGA, María Teresa. "*La adopción. Un análisis crítico y comparado de la legislación chilena*". Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991.
28. LATHROP GÓMEZ, Fabiola. "*La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno*". Revista Chilena de Derecho Privado, N° 22, pp.197-229. Julio 2014.
29. LECANNELIER ACEVEDO, Felipe. "*Apego y Adopción: Evidencias y recomendaciones*", en "*Abriendo Caminos... 5to encuentro de Adopción*". Fundación San José para la Adopción Familiar Cristiana. (2004).
30. LÓPEZ RIVERA, Gissella. "*Análisis de la nueva legislación filiativa frente a los derechos esenciales del ser humano*". Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile, Departamento de Derecho Privado. Santiago, 1999, pp. 195.
31. MEZA BARROS, Ramón. "*Manual de Derecho de Familia*". Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago. (1979).
32. PALOMERA F., MATUS J. y BURGOS C. "*Saffirio denuncia que muertes en el Sename ascienden a 477 niños*". La Tercera. 26 de julio del 2016. [en línea] <<http://fw.to/ciERRae>>. [consulta: 27 agosto de 2016].
33. SANTALLA VARGAS, Elizabeth. "*Enfoque jurídico social de la adopción desde las modernas doctrinas*". Revista Ciencia y Cultura, diciembre 1997, N° 2, pp.119-121.

34. SERVICIO NACIONAL DE MENORES, Oficio ordinario N° 1699, dirigido a la Comisión Investigadora sobre Situación de los Menores de Edad en Chile, de la Cámara de Diputados. 7 de julio de 2016.
35. SERVICIO NACIONAL DE MENORES. *“Anuario Estadístico 2014”*.
36. TRUFELLO GARCÍA, Paola, *“Estatuto de filiación adoptiva en Chile: constitución, aplicación de principios y agenda legislativa”*. Revista de Estudios Parlamentarios HEMICICLO, Año 5. Número 8. Primer semestre de 2013, pp. 125-143.
37. UNDURRAGA JARA, M. *“Análisis del funcionamiento de la institución adopción en nuestra realidad administrativa y judicial”*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2007.
38. VERGARA BULARZ, Víctor. *“La adopción en Chile: falencias y debilidades de la ley 19.620”*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2011.
39. VILLALTA, Carla. *“Entregas, adopciones y dilemas en el campo de organismos destinados a la infancia”*. Revista de Estudios Femeninos. Vol.19, n.1, 2011. pp. 103-123.
40. VILLAMAYOR, Fabián. *“Protección jurídica del derecho a la identidad en la adopción: Incidencia de la Convención de Derechos del Niño”*. Ponencia distinguida con la Primera Mención en el Concurso de Ponencias de Alumnos de las "XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil" en Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani, Buenos Aires, 22 al 24 de septiembre de 2005, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. [en línea] <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/83/proteccion-juridica-del-derecho-a-la-identidad-en-la-adopcion-incidencia-de-la-convencion-de-los-derechos-del-nino.pdf>> [consulta: 15 Junio 2015]
41. VODANOVIC, Antonio. *“Manual de derecho civil, Tomo I, Parte Preliminar y General”*. Santiago, 4ª edición, Lexis Nexis, 2006. 404 p.

LEGISLACIÓN

1. Anteproyecto Ley de Matrimonio Igualitario. Versión 31 de marzo de 2016, elaborado por el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, con la participación de los profesores Gabriel Hernández, Fabiola Lathrop y Mauricio Tapia y del ayudante Francisco Alvarado; en virtud del convenio celebrado entre dicha Facultad y la Fundación Iguales. Sección II, párrafo 8, p. 4.
2. Código Civil de la República de Chile.
3. Constitución Política de la República de Chile.
4. Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.
5. Historia de la Ley 20.830. Regulación de Acuerdo de Vida en Pareja. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. [en línea] <www.bcn.cl/historiadelaley>, documento generado el 27 de julio de 2016.
6. Mensaje N° 206-361 del 2 de octubre de 2013 que contiene el proyecto de ley de Reforma Integral del Sistema de Adopción en Chile. Boletín N° 9.119-18.
7. Mensaje N° 950-363 del 21 de septiembre de 2015, sobre Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, párrafo 6, p. 9. Boletín N° 10315 -18.
8. Ministerio de Justicia. Ley N° 16.346 de 1965 [derogada]. Establece la Legitimación Adoptiva.
9. Ministerio de Justicia. Ley N° 18.703 de 1988 [derogada]. Dicta normas sobre adopción de menores y deroga Ley N° 16.346.
10. Ministerio de Justicia. Ley N° 19.620 de 26 julio de 1999. Ministerio de Justicia. Dicta normas sobre Adopción de Menores.
11. Ministerio de Justicia. Ley N° 7.613 de 1943 [derogada]. Establece disposiciones sobre la adopción.

12. Ministerio Secretaria General de Gobierno. Ley N° 20.830 de 13 abril de 2015. Crea el Acuerdo de Unión Civil.
13. Naciones Unidas. Convención de los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.
14. Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina.
15. Proyecto de ley, iniciado en Mensaje N° 3-364 del 22 de marzo de 2016, que contiene el proyecto de ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez. Boletín N° 10.584-07.
16. República de Colombia, Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley N° 1.098 del 8 de noviembre de 2006.
17. República de Perú, Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27.337 del 21 de julio de 2000.

JURISPRUDENCIA

1. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011.
2. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Fornerón e Hija contra Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012. Fondo y reparaciones.
3. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011.
4. CORTE SUPREMA DE CHILE. Sentencia de fecha 28 de febrero de 2012, en causa Rol N°9088-11.