



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

**“La Necesidad de Modificación al Sistema de
Adopción Internacional en Chile”**

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Rosario Asenjo Cheyre

M. Gabriela Vásquez Moncayo

Eduardo Picand Albónico

Santiago, Chile

2017

INDICE

| | |
|--|----|
| RESUMEN | iv |
| ABSTRACT | iv |
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPITULO 1: CONCEPTOS GENERALES | 6 |
| 1.1.- Filiación..... | 6 |
| 1.2.- Adopción. | 8 |
| 1.3.- Adopción Internacional. | 10 |
| CAPITULO 2: CONVENIOS INTERNACIONALES RELATIVOS A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL | 16 |
| 2.1.- Convención sobre los Derechos Del Niño. | 17 |
| 2.1.1 Antecedentes históricos de la Convención sobre Derechos del Niño..... | 17 |
| 2.1.2 Principios Rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño. | 22 |
| 2.1.3 Adopción en la Convención. | 26 |
| 2.2.- Convenio sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional..... | 27 |
| 2.2.1.- Autoridad Central | 31 |
| 2.3.- Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción Internacional. | 35 |
| CAPITULO 3: ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA 41 | |
| 3.1.- Breve reseña histórica de la legislación chilena en Materia de Adopción Internacional..... | 41 |
| 3.2.- Actual legislación chilena en Materia de Adopción: Ley 19.620. | 47 |
| 3.3.1.- Primera Etapa: Susceptibilidad de Adopción..... | 53 |
| 3.3.2.- Segunda etapa; la adopción..... | 56 |
| 3.4.- Autoridad Central e Institucionalidad encargada de la Adopción Internacional en Chile. | 60 |
| 3.6.- Proyectos de Ley sobre Adopción en Chile..... | 67 |
| 3.4.- Estadísticas relativas a Adopción Internacional..... | 69 |
| CAPITULO 4: NECESIDAD DE MODIFICACIONES AL SISTEMA ACTUAL DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN CHILE. | 74 |

| | |
|---|------------|
| 4.1.- Adopción de niños, niñas y adolescentes chilenos por parte de adoptantes no residentes en Chile. | 75 |
| 4.1.1.- Estado Civil de los Adoptantes..... | 75 |
| 4.1.3.- Compromisos relativos al derecho a la identidad cultural..... | 78 |
| 4.1.3.- Orden de prelación de adoptantes. | 79 |
| 4.1.4.- Rol más activo de las Autoridades Centrales. | 80 |
| 4.2.- Adopción de menores residentes en otro país por parte de adoptantes residentes en Chile. | 82 |
| 4.2.1.- Regulación en la legislación. | 82 |
| 4.2.2.- Creación de Registros. | 86 |
| 4.2.3.- Compromisos y rol activo de la Autoridad Central..... | 87 |
| CONCLUSIONES | 88 |
| BIBLIOGRAFÍA | 94 |
| ANEXO 1: ENTREVISTA A CAROLINA VON SCHACKMANN. | 101 |
| ANEXO 2: ENTREVISTA A ELIZABETH BARTHOLET | 109 |
| ANEXO 3: ESTADÍSTICAS ADOPCIÓN INTERNACIONAL PREVIAS A LEY 19.620 | 112 |

En memoria del Profesor Mario Ramírez Necochea quien comenzara a guiar este trabajo en 2014, a su pasión por el Derecho Internacional Privado, pero principalmente a su interés en la historia y el sistema de Adopción Internacional en Chile.

RESUMEN

El Sistema de Adopción Internacional en Chile ha sido el resultado de procesos históricos y una serie de tratados y convenios internacionales en la búsqueda por regular una institución que nace y se desarrolla en virtud de quienes no han podido crecer en su familia de origen, siendo acogidos por una familia residente en otro país. A través de la revisión y análisis de tales procesos, es posible percatarse de la necesidad de modificaciones en nuestra legislación, para generar más oportunidades para aquellos niños, niñas y adolescentes en el pleno ejercicio de su derecho a desarrollarse en una familia y en el marco del interés superior del niño.

ABSTRACT

Chile's Intercountry Adoption System is the product of historical processes, and a series of international treaties and conventions which seek to regulate this institution, which was itself created and developed for those who could not be raised by their family of origin, but were instead taken in and cared for by a family with residency in another country. Through the examination and analysis of these processes, it becomes evident that there is a need for amendments to our legislation, to create more opportunities for those children and adolescents in order to permit the full exercising of their right to grow and develop in a family and within the overall framework of the child's best interests.

INTRODUCCIÓN

El derecho actúa en reacción a las realidades sociales mutando a través de tiempo para otorgar legitimidad, valor, organización o estructura a situaciones que requieren de regulación, particularmente en base a las relaciones humanas de las cuales surgen derechos y obligaciones.

De antaño ha ocurrido que individuos que no siempre tienen una conexión biológica entre sí, se unen bajo la estructura análoga a la de padres e hijos. Dicha relación fue posteriormente llamada *adopción*, y aunque a lo largo de la historia ha variado la forma en la que se produce, ha sido necesaria su regulación para dar nacimiento y orden a una ficción legal que cada día requiere más atención por parte de los legisladores.

Indudablemente, el motor de dicha institución llamada adopción, es que aquellos niños, niñas o adolescentes¹ que por variadas razones no han podido crecer en su familia de origen, lo hagan a una familia adoptiva que sea capaz de brindar todo lo necesario para su desarrollo integral.

Particularmente en el siglo XX variados acontecimientos históricos dieron lugar a que dicha práctica se llevara a cabo trascendiendo fronteras, dando lugar a la adopción internacional, la cual exige y requiere de una regulación más estricta considerando que más agentes se ven involucrados.

¹ A pesar de que en nuestra legislación el término jurídico “menor” se utiliza en la mayoría de los cuerpos normativos, usaremos la expresión “niño, niña o adolescentes” o “menores de edad” en conformidad con la tendencia internacional que algunos califican como nuevo paradigma en cuanto a la concepción de los niños, niñas o adolescentes como sujetos de derecho por tanto se trata de abandonar vocablos que pudieran ser peyorativos.

La historia y desarrollo de esta institución, se ha visto impactada también por aquel cambio de visión a nivel internacional sobre los Derechos Humanos, su inherencia al ser humano y como tal, respecto de los niños, niñas y adolescentes. Surgen por tanto, variadas declaraciones, tratados, convenios y normas internacionales en las cuales se ve una clara evolución respecto de la concepción de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección la cual debe provenir no solo del Estado sino también por parte de todos aquellos que puedan influir en su desarrollo, los padres, las instituciones a las cuales asisten etc.

Un hito en la línea de historia de los derechos de la infancia entre otras, fue la Convención de los Derechos del Niño en 1989, que concibe un imponente enfoque sobre el interés superior del niño, que será la piedra base de toda política y legislación que concierna y afecte a niños, niñas o adolescentes.²

En fundamental tener en cuenta que las declaraciones, convenios y tratados se han producido en un contexto de globalización e internacionalización implicando que los países deban adecuar y revisar todos aquellos procedimientos que involucren menores de edad, más aún en los casos en que exista un desplazamiento entre diferentes Estados, resguardando que en todo momento sus derechos estén garantizados y evitar situaciones de vulneración, desprotección y otras irregularidades.³

² FAROPPA, J. 2003. Democracia y derechos humanos de la niñez y la adolescencia.[en línea] En: Educación, derechos y participación, Aportes para la reflexión sobre la enseñanza media en Uruguay. UNICEF, Uruguay. <http://www2.compromisoeducativo.edu.uy/sitio/wp-content/uploads/2014/05/Educacion_derechos_participacion.pdf > [consulta: 10 noviembre 2016]

³ GALVIS ORTIZ, L. 2009. La Convención de los Derechos del Niño veinte años después. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud 7 (2): 587-619.

Además, se ha buscado la armonización de las legislaciones a modo de facilitar también los procesos que involucren Estados distintos. Aun así, no siempre las legislaciones entre diferentes países son convergentes, dado que se construyen de conceptos, regulaciones distintas, y sutilezas que podrían dar lugar al rechazo y concreción de procesos de adopción internacional. Un ejemplo claro son las diferencias sobre qué efectos produce la adopción en cada país, o quienes pueden postular como adoptantes.

Chile no ha quedado ajeno a tales procesos de adecuación, motivo por el cual la legislación chilena en materia de adopción ha sufrido grandes cambios durante los últimos años que si bien ha sido país reconocido en otros países por sus buenas prácticas,⁴ hoy necesita considerar factores que facilitarían procesos de adopción nacional e internacional, y responderían más eficientemente al verdadero motor de esta institución, que es sino, brindar más oportunidades de que niños, niñas o adolescentes en situación de abandono, entre otras, puedan desarrollarse en el seno de una familia.

El siguiente trabajo se construye con la idea base de la adopción internacional como subsidiaria a la adopción nacional, comprendiendo además que siempre será preferible que un niño, niña o adolescente crezca en una familia considerada idónea en lugar de crecer en instituciones.⁵

⁴ COMPASION FOR ORPHANS. Why Adopt from Chile [en línea] <<http://www.cfo.org.nz/index.php/about-the-chile-programme-including-eligibility-criteria/why-adopt-from-chile> > [consulta: 10 diciembre 2016]

⁵ Siguiendo la misma línea UNICEF ha declarado: “Es preferible que los niños y niñas que no puedan ser criados por sus propias familias crezcan en ámbitos familiares sustitutivos adecuados, en lugar de en establecimientos de atención institucional, a los que sólo se debería apelar como último recurso y con carácter provisional. En los casos de esos niños y niñas, una de las varias opciones posibles es la adopción internacional, que puede resultar la solución más idónea cuando se trate de niños y niñas que no puedan ser colocados en un ámbito familiar

En esta línea, abordaremos la situación de nuestra legislación que contempla como postulantes para la adopción internacional únicamente a residentes en el extranjero que sean matrimonios, lo cual constituye una discriminación arbitraria e injustificada respecto de personas individuales o parejas no casadas, y no hace sino, coartar la posibilidad de generar más enlaces.

Veremos brevemente opciones de generar más enlaces a través de los órdenes de prelación en la postulación de familias adoptivas, considerando dentro de los primeros la idea de matrimonios residentes en el extranjero de los cuales al menos uno los cónyuges sea chileno.

Como frente a una de las críticas a la adopción internacional considerando el derecho a la identidad de los adoptados, que abarca además la identidad cultural considerando no sólo el derecho a saber orígenes sino que la preservación cultural, plantearemos posibles soluciones al resguardo de dicho derecho través por ejemplo de compromisos para las familias adoptantes y la labor de autoridades centrales.

Destacaremos la función de las autoridades centrales, en nuestro caso SENAME, como instituciones claves para el mejor desarrollo del sistema de adopción internacional y su rol fundamental para la generación de nuevos enlaces y oportunidades.

Podremos demostrar la necesidad de modificación y regulación que requiere el sistema de adopción internacional en Chile, considerando además la realidad

permanente en sus países de origen. Pero en cada caso, el principio rector de toda decisión en materia de adopción debe ser el interés superior del niño o la niña en cuestión” Para leer declaración completa véase: UNICEF. Posición de UNICEF ante la adopción internacional. Declaración. [en línea] <https://www.unicef.org/lac/media_9962.htm> [consulta: 25 noviembre 2016]

actual que ha visto familias chilenas que adoptan niños, niñas o adolescentes extranjeros.

En consecuencia, hemos dividido el siguiente trabajo en dos bloques; el primero se centrará principalmente en una exposición respecto de la adopción internacional y la adopción en sí misma para otorgar al lector no sólo una visión general respecto del sistema actual sino que además, enfatizar en los principios que construyen un marco de acción y un deber para los Estados, de esta manera, en el Capítulo 1 se explicarán y definirán conceptos relativos a la materia para otorgar una visión general de los temas y conceptos que se utilizarán. Posteriormente en el Capítulo 2 se hará un breve análisis sobre convenios internacionales aplicables a la adopción internacional suscritos por Chile para luego en el Capítulo 3 recorrer las leyes sobre adopción en Chile hasta llegar a la legislación vigente y proyectos de ley que han sido presentados en el Congreso, revisando además brevemente los procedimientos y el rol de instituciones.

El segundo bloque estará compuesto únicamente del Capítulo 4 en el que realizaremos un análisis crítico respecto del sistema de adopción internacional en Chile, determinando la necesidad de modificación de la legislación y plantaremos algunas propuestas que creemos podrían contribuir a brindar más oportunidades para aquellos niños, niñas y adolescentes que carecen de familias y que son el motivo y motor de una institución como lo es la adopción.

CAPÍTULO 1

CONCEPTOS GENERALES

Previo al análisis de la situación sobre adopción internacional en Chile, se vuelve fundamental explicar desde el punto de vista del derecho en general y luego en el ámbito internacional, los conceptos de filiación y adopción, para luego centrarnos en el concepto de adopción internacional.

1.1.- Filiación.

Junto al Matrimonio, la filiación es una de las instituciones más importantes en el Derecho de Familia. Se encuentra regulada en nuestro Código Civil en el Título VII del Libro I y en la ley N° 19.585 promulgada el 13 de octubre de 1998 y publicada el 26 de octubre del mismo año.

A grandes rasgos se define filiación como “el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia”⁶ Esta relación jurídica, la de los padres con los hijos, tiene como presupuesto fundamental un hecho, la procreación, que vincula de manera biológica a las partes involucradas en dicha relación, sin embargo, surgen situaciones en que sin aquel hecho fundamental, existe igualmente la filiación como es el caso de la adopción.

⁶ GÓMEZ DE LA TORRE, M., 2007. El sistema Filiativo Chileno. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. p 16.

En este sentido, reviste de gran importancia lo que la profesora Maricruz Gomez de la Torre señala en su libro “El Sistema Filiativo Chileno” citando a don Luis Díez-Picazo, respecto de lo que se entiende como padre o madre, dice: “Será padre o madre aquel que asuma voluntariamente esta función social, aunque genéticamente no lo sea, autoimponiéndose el conjunto de funciones que la sociedad y el ordenamiento jurídico esperan y definen con esa denominación.”⁷

Según esta descripción serán los padres o madres que el ordenamiento jurídico reconozca como tales, quienes deban cumplir con las funciones con respecto a sus hijos, considerando no sólo lo que exija el ordenamiento jurídico interno sino también conforme a lo que los tratados internacionales relativos a la protección de menores dictan para ello.

En 1998 se establece un nuevo estatuto filiativo en Chile a partir de la dictación de la Ley N° 19.585 de 1998 que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, en la cual se acogen principios esenciales como son la igualdad y la no discriminación, el respeto por el interés superior del niño, el reconocimiento de su derecho a ser oído, entre otros principios. Pero para efectos del concepto de filiación, esta Ley representa un hito dado que elimina toda discriminación respecto de los hijos nacidos fuera del matrimonio en relación con los nacidos durante su vigencia, suprimiendo la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos.⁸

⁷ GÓMEZ DE LA TORRE, M., 2007. El sistema Filiativo Chileno. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. p 18.

⁸ Estos cambios se realizaron sin perjuicio de mantener la nomenclatura respecto de si son hijos nacidos en el matrimonio, hijos matrimoniales, y los nacidos fuera de éste, hijos no matrimoniales, cuyo único fundamento es

Es así entonces, como esta reforma tiene incidencia en materia de adopción ya que junto a la nueva ley de adopción, Ley N° 19.620 contemporánea a ella, equiparan los efectos de la tres filiaciones existentes (matrimonial, no matrimonial y adoptiva) produciendo las tres las mismas consecuencias “Así, estas tres filiaciones son diferentes en su forma de constitución o en su prueba, pero una vez establecidas producen fundamentalmente las mismas consecuencias, porque lo relevante para el derecho de familia contemporáneo es regular equitativamente las relaciones entre padres e hijos, siendo indiferente como esas relaciones se hayan establecido o acreditado.”⁹

1.2.- Adopción.

La palabra adopción viene del latín *adoptare* que se compone de la preposición *ad* que significa aproximación y del verbo *optare* cuyo significado es elegir, desear o escoger. De aquí que etimológicamente hablando adopción sería aproximar a si lo que se ha escogido o deseado o elegir algo para vincularlo a uno mismo.

Ya desde la antigua Mesopotamia estaba presente la figura de la adopción, en el Código de Hammurabi de 1750 AC, se señalaba que

probatorio para la aplicación de la presunción *Pater ist est*, que no es otra cosa que la presunción de paternidad respecto de los hijos nacidos durante el matrimonio respecto del padre ya que la maternidad se prueba por el parto.

⁹ TAPIA RODRÍGUEZ, M., 2005. Código Civil 1855 – 2005. Evolución y perspectivas. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. p. 128.

“Si uno tomó un hijo en adopción como si fuera su hijo, dándole su nombre y lo crio, no podrá ser reclamado por sus parientes.”¹⁰

La historia de esta institución ha sido transversal a las culturas de la antigüedad, particularmente el período Greco-romano, donde si bien alcanza un gran desarrollo como institución de carácter jurídico definiéndola como un acto en que un adulto tomaba como suyo a un menor que biológicamente no lo era, nace como una institución que buscaba satisfacer intereses políticos, económicos o religiosos de los adultos poderosos de la época, centrándose más en el adoptante que en el adoptado.¹¹

Ya en la modernidad la adopción vuelve a ser regulada con los intentos de codificación ocurridos en el mundo a partir de las dos últimas décadas del siglo XIX.

En nuestro país, aunque el Código Civil no regula la adopción en sí, sino que lo entrega a una ley especial, se desprende particularmente de los artículos 33 y 179 del Código, que la adopción es una ficción legal que considera como hijo o hija a quién no lo es biológicamente y que por tanto es una de las fuentes de la filiación, tal como se señaló en el acápite anterior de este trabajo.

La Ley N° 19 620 que regula la adopción en nuestro país, no se encuentra una definición de adopción a pesar del intento de hacerlo como queda de manifiesto en la

¹⁰ BAELO ÁLVAREZ, M. 2014. Los orígenes de la adopción desde una perspectiva sociojurídica. Madrid. Librería-Editorial Dykinson. 41p.

¹¹ Para revisar ampliamente la historia de la adopción y sus orígenes revisar también: BAELO ÁLVAREZ, M., 2013. La adopción: Historia del amparo socio jurídico del menor. Tesis Doctoral Departamento de Sociología y Ciencia Política y de la Administración. [en línea] La Coruña, Universidade da Coruña http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/10307/2/BaeloAlvarez_Manuel_TD_2013.pdf> [consulta: 20 diciembre 2016]

historia de la ley que analizaremos en el capítulo relativo a la legislación nacional, sin embargo, en el artículo 1° inciso 2° se señala

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

Queda por tanto, establecida como una de las fuentes de la filiación, a pesar de que biológicamente no exista relación alguna.

Para efectos de este trabajo utilizaremos el concepto de adopción dado por la profesora Maricruz Gómez de la Torre que la define como “La relación jurídica que se establece entre el adoptante y el adoptado, constituida por sentencia judicial, cuya finalidad es proporcionar al segundo una familia que le brinde afecto, le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales, materiales y el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, cuando ello no pueda ser proporcionado por la familia de origen.”¹²

1.3.- Adopción Internacional.

En el contexto a las Guerras mundiales, la situación de precariedad, pobreza, orfandad y abandono en que quedaron un gran número de niños a raíz de la gran devastación producida por estos conflictos bélicos propiciaron que se buscara fuera

¹² GÓMEZ DE LA TORRE, M., 2007. El sistema Filiativo Chileno. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. p. 223

de sus países de origen, también destruidos, familias que pudieran acogerlos y entregarles un mejor futuro, naciendo la adopción internacional.¹³

Más tarde a raíz de las guerras de Corea y Vietnam durante los años sesenta es que esta institución comienza a sistematizarse y hacerse visible provocando que organismos internacionales y ordenamientos jurídicos internos reaccionen y comiencen a regularla.

Podemos definir la adopción internacional como aquella adopción en la que se incluyen elementos que pertenecen a más de un ordenamiento jurídico. Como señalamos, la adopción es una relación jurídica, pero para que ésta tenga el carácter de internacional existirán factores que hagan aplicables ordenamientos jurídicos de más de algún Estado.

Como dijimos en el título anterior, al definir adopción como una de las fuentes de filiación, esta crea lazos familiares y por tanto pertenece al estatuto personal, si el adoptado y adoptante pertenecen a dos Estados distintos cada uno se regirá por leyes personales distintas, aquí radica uno de los problemas de la adopción internacional, esto es, definir qué ley personal será la que será aplicable a la relación jurídica en cuestión.

Frente a esta problemática recurrente del derecho internacional privado existen dos teorías distintas, la monista y la dualista que presentan, como es de esperar, dos soluciones diferentes al conflicto.

¹³ UNICEF. Adopción Internacional. [en línea] <<https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest4s.pdf>> [consulta: 20 noviembre 2016]

La teoría monista tiene como fundamento la unidad, señala que se debe “optar” por una de las dos legislaciones aplicables a la adopción, la del adoptado o la del o los adoptantes pero aún esta opción no es pacífica ya que existen argumentos que justifican la aplicación tanto de una como de la otra legislación, así, la elección de la ley del adoptado “se fundamenta en el argumento de que la adopción tiene como principal objetivo el interés del adoptado por lo que es normal que su ley personal decida sobre su procedencia, y las condiciones para su ruptura; mientras que la competencia de la ley de los adoptantes se justifica en el hecho de que es el medio social de sus padres adoptivos donde el adoptado va a vivir”¹⁴

Sin duda esta teoría simplifica la tramitación de la adopción ya que se deberá aplicar sólo una de las legislaciones competentes, sin embargo, también existen buenas razones para rechazarla, ya que descarta de plano la aplicación de la legislación de una de las partes debiendo someterse ésta en todo a la legislación de la otra, lo que podría significar una eventual desprotección y podría dar lugar a figuras tales como el tráfico o secuestro de menores.

La teoría dualista señala que el conflicto sobre qué legislación será la aplicable se soluciona con una aplicación acumulativa de las leyes que rigen la adopción y debiendo optar en última instancia por la ley más restrictiva en desmedro de la adopción lo que impide en algunos casos que se concrete perdiendo sentido esta fórmula.

¹⁴ DELGADO BARRETO, C. et. al. 2007. Introducción al Derecho Internacional privado. Lima, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 148.

No obstante, existe dentro de esta teoría también la opción de que ambas legislaciones sean aplicadas de manera distributiva siendo la ley personal del adoptado la que rija lo concerniente a éste y la ley del adoptante todo lo relativo a ellos, lo que en muchos casos tampoco soluciona el conflicto ya que en toda adopción “hay condiciones que conciernen a las dos partes, por tener un carácter bilateral o indivisible (...) para superar la dificultad es necesario romper el equilibrio que se habría pretendido alcanzar, optando por una de las leyes y que debe ser la del adoptado, cuyo interés es la razón de la adopción”.¹⁵

La adopción internacional plantea un desafío tanto para el derecho interno como internacional. Para el interno en cuanto es necesario hacer frente a la realidad de que, por un lado, nacionales puedan ser adoptados por extranjeros o por otro, nacionales puedan adoptar a menores provenientes de otro Estado. En el caso del derecho internacional el desafío se genera dado que los conflictos provenientes de este tipo de relaciones jurídicas envuelven necesariamente ordenamientos jurídicos provenientes de Estados distintos y por tanto será necesario buscar una forma que, sin dejar de lado las legislaciones nacionales permita que la adopción se lleve a cabo. En este sentido, se debe tener presente que es una institución que busca el mayor interés de los niños, niñas y adolescentes que no tienen la posibilidad de crecer en su familia de origen.

Queda de manifiesto entonces la gran importancia de construir una legislación que sea respetuosa del derecho internacional y que los países que reconozcan la

¹⁵ GÓMEZ DE LA TORRE, M., 2007. El sistema Filiativo Chileno. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. p. 149.

adopción internacional como una figura dentro de su ordenamiento jurídico busquen regularla de manera de evitar todos estos conflictos. Para ello será necesario contar con normas que resuelvan los posibles conflictos, vale decir, normas que determinen claramente que legislación será aplicable a cada uno de los aspectos de esta especial relación jurídica por ejemplo.

Será necesario también tener en cuenta que toda adopción internacional, tiene una faz positiva como una negativa; positiva ya que permite que menores que no tienen en su país de origen las condiciones de desarrollarse tanto material como espiritualmente las encuentren en una familia de distinta nacionalidad y negativa en cuanto puede dar lugar irregularidades tales como el tráfico de menores para su venta o explotación.¹⁶

Además existen una serie de derechos fundamentales involucrados en todos los procesos previos a la adopción y posteriores, por lo que han surgido evidentemente detractores de la internacionalización de esta institución. Algunos defienden la idea de que la adopción internacional se ha convertido en un imperialismo moderno¹⁷ suponiendo que solamente permite que familias de países en desarrollo adopten niños, niñas o adolescentes de países en vías de desarrollo, generándose casos en los que se fuerzan adopciones a través de prácticamente el pago a madres durante el embarazo. Otros plantean que es una trasgresión al

¹⁶ SMOLIN, D., 2005. The Two Faces of Intercountry Adoption: The Significance of the Indian Adoption Scandals. [en línea] Seton Hall Law Review. <https://works.bepress.com/david_smolin/2/> [consulta: 12 octubre 2016]

¹⁷ KLEEM, C. 2000, Airplane Trips and Organ Banks: Random events and the Hague Convention on Intercountry Adoptions [en línea] <<http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1286&context=gjicl>> [consulta 20 noviembre 2016]

derecho de identidad del adoptado ya que se le aleja de su lugar de nacimiento.¹⁸ También y una serie más de irregularidades que pueden producirse en un abuso de la adopción como tal; tales como tráfico, secuestro, separaciones, entre otras.¹⁹

Es por esto que internacionalmente se ha buscado por medio de tratados y convenciones internacionales regular esta institución, proporcionando principios internacionales que deben ser respetados tanto en la adopción nacional como en la internacional y que buscan resguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes susceptibles de ser adoptados, convenciones que analizaremos en el capítulo siguiente.

¹⁸ BARTHOLET, E. 2010 International Adoption: The Human Rights position. [en línea] Global Policy <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1758-5899.2009.00001.x/pdf>> [consulta: 12 de diciembre 2016]

¹⁹ UNICEF. Adopción Internacional. [en línea] <<https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest4s.pdf>> [consulta: 20 noviembre 2016]

CAPÍTULO 2:

CONVENIOS INTERNACIONALES RELATIVOS A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Como vimos al final de capítulo anterior los tratados internacionales juegan un rol fundamental respecto de los conflictos que puedan producirse en materias de Derecho Internacional Privado, ya que por medio de ellos los Estados pueden “Convenir en un derecho uniforme por medio de normas sustantivas, u obtener soluciones atributivas iguales para los distintos ordenamientos jurídicos.”²⁰

Los tratados internacionales podrán aportar a la solución de conflictos internacionales por dos vías, a través de normas sustantivas o a través de normas atributivas. Las primeras son aquellas que conceden derechos e imponen obligaciones directamente, unificando de esta forma el derecho internacional ya que los derechos y obligaciones referentes a una determinada relación jurídica serán los mismos para todos los Estados que hayan suscrito el tratado²¹. Las segundas señalan qué legislación será aplicable al conflicto entregándole competencia a una de ellas.²²

Será entonces compromiso del Estado que adscribe a un Tratado internacional y que es ratificado en conformidad a su legislación interna, el

²⁰ RAMÍREZ NECOCHEA, M., 2013. Derecho Internacional Privado, Santiago de Chile, Legal Publishing Thomson Reuters. p 32.

²¹ RAMÍREZ NECOCHEA, M., 2013. Derecho Internacional Privado, Santiago de Chile, Legal Publishing Thomson Reuters. Ídem. p 16

²² RAMÍREZ NECOCHEA, M., 2013. Derecho Internacional Privado, Santiago de Chile, Legal Publishing Thomson Reuters. p. 13

solucionar el conflicto por medio de la norma sustantiva que éste contiene o reconocer la legislación que éste determine como competente para solucionarlo.

En materia de adopción Internacional son tres los Tratados Internacionales que nuestro país ha suscrito y ratificado pasando a formar parte del ordenamiento jurídico. Estos son la Convención sobre los Derechos del Niño, Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, y la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores. Los cuales pasaremos a analizar.

2.1.- Convención sobre los Derechos Del Niño.

2.1.1 Antecedentes históricos de la Convención sobre Derechos del Niño.

A comienzos del siglo XX en virtud de los conflictos bélicos de la época, surge una preocupación especial por el reconocimiento de los derechos de los menores de edad, por lo que en el año 1924 la Liga de las Naciones dicta la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño.²³ Dicha declaración contenía cinco artículos relativos al bienestar, desarrollo y protección, dando cuenta además de la situación de especial necesidad en la que se encontraban los niños, niñas y adolescentes en aquella época y la responsabilidad que le compete a los adultos en ello.

²³ DAVILA BALSERA, P. y NAYA GARMENDIA, L. 2006. La Evolución de los Derechos de la Infancia: Una Visión Internacional. Encounters on Education 7:71-93

De esta manera se sentaron las bases para futuras declaraciones en la materia, y su principal aporte, sin duda, fue establecer derechos específicos para los niños reconociéndolos como sujetos que requieren de especial protección.²⁴ Sin embargo, y a pesar de la ratificación por todos los países que conformaban la Sociedad de las Naciones, esta declaración carecía de fuerza vinculante y por lo tanto no existía forma alguna de exigir o supervisar la implementación.

Previo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y como consecuencia del gran número de niños en situación de abandono y desamparo a raíz de los efectos de la Segunda Guerra Mundial es que en 1947 se crea el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, en adelante UNICEF, cuyo principal objetivo era prestar auxilio a los niños, especialmente europeos, víctimas de las consecuencias de esta guerra.²⁵

En 1953 se le otorga a UNICEF el carácter de organización internacional permanente, ampliando sus objetivos comenzando a preocuparse por los niños de los países en vías de desarrollo implementando programas de acceso a la educación y de agua potable entre otros.

Hoy UNICEF tiene como misión promover la protección de los Derechos del Niño ayudando a satisfacer sus necesidades e implementando programas que les permitan acceder a más y mejores oportunidades para su desarrollo, cumpliendo un rol esencial en cuanto a la protección y garantía de los derechos fundamentales

²⁴ DAVILA BALSERA, P. y NAYA GARMENDIA, L. 2006. La Evolución de los Derechos de la Infancia: Una Visión Internacional. Encounters on Education 7:71-93

²⁵ UNICEF. Sobre UNICEF: Quienes somos. [en línea] <https://www.unicef.org/spanish/about/who/index_history.html > [consulta: 30 noviembre 2016]

consagrados tanto en instrumentos nacionales como internacionales. Tiene presencia en 190 países, y además, en consideración los dichos derechos, realiza informes que no son otra cosa que evaluaciones que hacen como institución, respecto del estado de cumplimiento de los países en el ámbito de los Derechos de los Niños tanto en sus legislaciones como en sus políticas públicas.²⁶

El año 1948 se firma la Declaración Universal de Derechos Humanos, declaración que significó un gran avance en cuanto al reconocimiento de los derechos que son inherentes a la persona humana y que por lo mismo comprende a todos los niños, niñas y adolescentes. Cabe destacar que en esta misma declaración se reconoce que deben ser objeto de una protección especial, señalando “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.”²⁷

Diez años más tarde, en 1959, se aprueba en la Asamblea General de la Naciones Unidas la Declaración de los Derechos del Niño que establece principios que adoptarán un rol fundamental respecto de futuros cuerpos normativos, tales como el derecho a la igualdad, protección, a un nombre, a una nacionalidad, alimentación, vivienda, atención médica adecuada, a la educación y a un tratamiento

²⁶ UNICEF. Información por país. [en línea] <<https://www.unicef.org/spanish/infobycountry/>>[consulta: 30 noviembre 2016]

²⁷ El artículo 25 completo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice: “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.*”

especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física, derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad, recreación, entre otros.

Al igual que la Convención de Ginebra de 1924, carecía de carácter vinculante que obligara a los Estados a tomar medidas conducentes a cumplir con los principios señalados.

Durante la Guerra Fría y producto de un arduo trabajo de la Asamblea General de Naciones Unidas, es que se logra aprobar dos textos que complementan a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que contienen normas alusivas a los niños, estos instrumentos son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El primero reconoce el derecho de los menores a ser protegidos en contra de la explotación económica, como el derecho a la asistencia médica y educación y el segundo consagraba el derecho a un nombre y una nacionalidad.

Más adelante, el año 1979 fue proclamado por la ONU como el Año Internacional del niño, fue durante ese período en que se comenzó a trabajar en la redacción de una carta internacional que comprendiera y consagrara los derechos de los niños ya no como parte de una declaración general sino como un convenio específico de la materia.²⁸

²⁸ La iniciativa respecto de la redacción de una Convención sobre los Derechos del Niño se le atribuye al Gobierno de Polonia en 1978. Respecto del proceso de redacción véase DAVILA BALSERA, P. y NAYA GARMENDIA, L. 2009. ¿Una historia de los derechos del niño o de la protección infantil? En: ETXEBERRIA BALERDI, F., Educación y menores en riesgo. España. Sello Editorial. Universidad del País Vasco. pp. 17-46

Es así como el 20 de noviembre de 1989, se aprueba la Convención sobre Derechos del Niño, (en adelante “La Convención”) siendo el primer texto internacional el que en sus 54 artículos incorpora toda la escala de Derechos Humanos internacionales, esto es derechos, económicos, sociales, civiles, culturales y políticos enfocados directamente a este grupo sujeto de especial protección, los niños, niñas y adolescentes.

Actualmente la carta ha sido firmada por 196 Estados, algunos de ellos con reserva. Sólo Estados Unidos aún no ha ratificado la Convención en sí misma.²⁹

Es importante señalar que esta Convención tiene fuerza vinculante para los Estados que la ratifican, esto implica que deberán “adaptar la legislación interna de sus países a su contenido. También deben incorporarse los criterios de interpretación y aplicación de la leyes al contenido de los derechos establecidos por las normas internacionales.”³⁰

El artículo 1° de la Convención señala como sujeto respecto de quién se aplican sus normas a todo ser humano menor de 18 años salvo que haya alcanzado previo a esa edad la mayoría de edad según la legislación aplicable, es decir en virtud de alguna ley particular.

²⁹ Para revisar países signatarios y estado de los tratados véase: NACIONES UNIDAS. DERECHOS HUMANOS. Alto comisionado. [en línea] Estado de Ratificación de 18 tratados <<http://indicators.ohchr.org/>> [consulta: 10 enero 2016]

³⁰ GÓMEZ DE LA TORRE, M., 2007. El sistema Filiativo Chileno. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile p.34.

2.1.2 Principios Rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los principios rectores o generales de la Convención Sobre Derechos del Niño y que servirán como elementos fundamentales en la interpretación de los derechos en ella consagrados, son cuatro; a) No discriminación, b) Interés superior del niño, c) Derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño, d) Derecho a la participación, derecho a ser oído. Abordaremos brevemente cada uno de ellos considerando que jugarán un rol fundamental además para convenciones y tratados futuros.

a) No discriminación.

Se encuentra establecido en el artículo 2° de la Convención e impone al Estado signatario una doble obligación; la primera es asegurar la aplicación y el respeto de los derechos consagrados en la Convención a todos los niños pertenecientes a su Estado sin hacer distinción alguna, y la segunda es asegurar que los niños serán protegidos y resguardados frente a cualquier discriminación que pueda fundarse en la opinión, condición o actividades de su familia o de las personas que los tengan bajo su cuidado.

En este sentido el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha definido a la discriminación como "(...) toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tenga por objeto o por resultado

anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas.”³¹

Es un principio reconocido en todos los tratados relativos a derechos humanos e impone al Estado un deber general, siendo transversal en actuaciones administrativas, legislativas y judiciales y su incumplimiento acarrea responsabilidad internacional.

b) Interés Superior del Niño.

Esta Convención es la primera que consagra en su artículo 3° el Interés Superior del Niño implica reconocer al niño, niña o adolescente como un sujeto pleno de derecho independiente de sus padres o quienes lo tengan bajo su cuidado, exigiendo no solo a los Estados, sino que también a instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas, órganos legislativos, familias, tutores, guardadores, colegios, instituciones y todo quien tenga bajo su cargo algún niño, a basar sus decisiones en absoluta conformidad y consideración con dicho principio.

No obstante, cabe mencionar que su contenido tiende a ser difuso y dependerá de un análisis casuístico, cuál será su interpretación. Para efectos de este trabajo lo entenderemos bajo la definición dada por los autores Miguel Cillero Bruñol y Laura Martínez-Mora Charlebois, quienes plantean que “Es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus

³¹ UNICEF, 2001. Manual de aplicación de la Convención sobre los derechos del Niño, Nueva York, citado por CONTRERAS, Daniel, 2009. Apuntes en torno a la discriminación en la escuela: el caso chileno de embarazadas madres y niños viviendo con VIH y el derecho a la Educación. Justicia Y Derechos del Niño (11), Unicef, p. 193.

derechos; es de una gran amplitud ya que no sólo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas, al igual que a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin duda, al perfeccionamiento de la vida democrática.”³²

d) Derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo

Al igual que todo ser humano los niños tienen el derecho a la vida y a que esta sea protegida por el Estado al cual pertenece, debiendo garantizar este derecho por todos los medios necesarios, por tanto, no se agota en la garantía de la protección de la vida de los niños, niñas o adolescentes, sino que también dice relación con la salud, la educación, la identidad, la libertad de opinión y de reunión, en concreto con lo que señala el artículo 27 que consagra el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

Así es como los Estados parte de esta Convención se comprometen a dictar todas las leyes que sean necesarias para asegurar que los niños se desarrollen en forma adecuada y puedan crecer en un ambiente que le impulse de manera integral.

d) Derecho a ser oído

Establecido en el artículo 12, juega un papel esencial dado que exige a los Estados a escuchar lo que un niño, niña o adolescente pueda expresar por sí mismo

³² CILLERO BRUÑOL, M. y MARTÍNEZ-MORA CHARLEBOIS, L., 2002. La Convención sobre los derechos del niño y la regulación de la adopción en Chile. Tercer encuentro de adopción: Formando Familias, Fundación San José para la adopción familiar cristiana, Santiago de Chile. p. 23.

o por medio de un representante, entorno a las decisiones que puedan afectarle, por supuesto, teniendo en consideración su edad y madurez.

En resumen, esta Convención a través de todos los derechos consagrados en ella, pero principalmente a través de los principios rectores, revoluciona la forma en que los países deben mirar a los niños, niñas y adolescentes y al rol que el Estado debe cumplir en relación a ellos, pasando de un paradigma esencialmente asistencialista al de protección integral y por lo mismo a un reconocimiento como sujetos de derechos que deben ser respetados, involucrando un cambio cultural importante el cual también debe ser impulsado por el Estado a través de políticas informativas, educativas y de difusión.³³

Esta Convención entonces y según las palabras de la profesora Maricruz Gomez de la Torre citando a Miguel Cillero Bruñol, “Es la expresión de un amplio consenso en torno a lo que deben ser las obligaciones de las familias, de los Estados y de la comunidad internacional en su conjunto. Establece un catálogo de derechos del niño en tanto seres humanos necesitados de protección especial. Opera como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia, que se estructura a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos”³⁴

³³ CAMPOS GARCÍA, S. 2009. La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos [en línea] <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25553.pdf>>[consulta> 30 octubre 2016]

³⁴ GÓMEZ DE LA TORRE, M., 2007. El sistema Filiativo Chileno. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. p.33

2.1.3 Adopción en la Convención.

La adopción se encuentra específicamente regulada en el artículo 21 el que determina que los Estados Partes cuidarán que el interés superior del niño sea la consideración primordial. Será obligación de los Estados –según el mismo artículo- velar porque sea la adopción autorizada por autoridades competentes dentro del marco de las leyes y procedimientos competentes, considerando información pertinente y fidedigna. Así mismo, deberán reconocer la adopción en otro país como otro medio de cuidar al niño cuando no es posible en su hogar de guarda, o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen.

Plantea además la obligación de velar por el niño que será adoptado en otro país, debiendo existir salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen, debiendo adoptar todas las medidas en caso en que la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;

La Convención es clara al señalar que los Estados parte “reconocerán” esto es, que darán lugar en su legislación nacional a la institución de la adopción internacional, pero señala como condición que será establecida siempre como una posibilidad subsidiaria a la adopción nacional. Adicionalmente, se hace cargo de la adopción internacional entregando principios y lineamientos generales que deben informar esta institución e insta a los países que busquen regularla según estos principios no sólo en sus legislaciones internas sino también por medio de tratados y convenciones con otros países.

Siguiendo la misma línea, UNICEF realza el derecho de los niños de crecer en un entorno familiar especialmente en el de origen y por tanto la obligación primera de los Estados en materia de infancia desvalida es apoyar a las familias para que todos los miembros de ella puedan permanecer unidos, y por tanto, aquellas familias que no tengan los medios para entregar un entorno adecuado a los niños deben pedir la asistencia del Estado el que debe proporcionarles los medios para lograrlo. Solo cuando esto no sea posible, ya sea porque esa ayuda no es suficiente o porque la familia no quiere hacerlo por lo tanto, el Estado a través de las autoridades competentes dará lugar a la adopción la que deberá ser nacional y sólo cuando esto no sea posible, internacional.³⁵

Esta postura guarda directa relación con los principios y derechos garantizados en la Convención que estamos analizando ya que el derecho a la identidad, a crecer en una familia, a la nacionalidad, y los nombrados anteriormente y que los Estados partes se han comprometido a respetar.

2.2.- Convenio sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional.³⁶

Este Convenio, que en adelante llamaremos Convenio de la Haya, nace en el seno de la Conferencia de la Haya, organización permanente, comprometida con la integración de las normas de Derecho internacional privado buscando tal como

³⁵ UNICEF. Posición de UNICEF ante la adopción internacional. Declaración. [en línea] <https://www.unicef.org/lac/media_9962.htm> [consulta: 25 noviembre 2016]

³⁶ Mundialmente se utiliza los términos “Convenio” o “Convención” indistintamente.

señala el artículo 1º de sus estatutos, la unificación progresiva de las reglas de Derecho internacional privado.³⁷

En la actualidad y según la información oficial de la Conferencia de la Haya son 98 los Estados contratantes de este convenio incluyéndose entre ellos a Estados que no son miembros de esta Conferencia internacional.³⁸ Es un número importante de países, lo que lo convierte en un instrumento sumamente relevante en esta materia.

En 1988, la Conferencia de la Haya comienza a trabajar en lo relativo a adopción internacional, en atención a que la Convención existente en ese entonces no era suficiente para hacer frente a los problemas que suscitaba en la materia, ante lo cual se conformó una comisión especial que trabajó en forma ininterrumpida hasta la aprobación del Convenio el 29 de Mayo de 1993.³⁹

Entre las razones que impulsaron la celebración de este Convenio se encontraban entre otros; el aumento significativo del número de adopciones internacionales a partir de los años 60 pasando a ser un fenómeno mundial, los problemas de carácter jurídico que surgen en torno a estas adopciones, la insuficiencia de instrumentos legales internos e internacionales para hacer frente a este tema, surgiendo la necesidad de una aproximación multilateral.

³⁷ CONFERENCIA DE LA HAYA. Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. [en línea] <<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=29>> [consulta: 29 noviembre 2016]

³⁸ CONFERENCIA DE LA HAYA. Estado de situación de los convenios: Convenio. Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional [en línea] <<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=69>> [consulta: 06 diciembre 2016]

³⁹ CARRILLO CARRILLO, B. 2002. Carácter, objetivos y ámbito de la aplicación del Convenio de la Haya de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. ANALES DE DERECHO. Universidad de Murcia (20):249-297

Precisamente, se señala en el informe relativo a este Convenio que son variados los problemas que se producen a raíz de la falta de instrumentos jurídicos internacionales que se hagan cargo de la regulación de adopciones internacionales y se nombra entre ellos la falta de normas jurídicas vinculantes en la materia, la necesidad de supervisión del cumplimiento de ellas y la falta de comunicación y cooperación entre los países involucrados en una adopción internacional. Todo lo anterior traía como consecuencia la falta de protección de los derechos fundamentales de los involucrados.⁴⁰

Este Convenio coincide con el reconocimiento por parte de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño y tiene como objetivo primordial que estos sean respetados durante el proceso de adopción internacional buscando evitar aquellas situaciones que pongan en peligro la integridad de los niños, niñas o adolescentes involucrados en la adopción.

Otro objetivo era hacer posible que las adopciones internacionales sean reconocidas en los países en los cuales los niños, niñas o adolescentes van a vivir “El Convenio de la Haya de 1993 tiene como objetivo formal establecer las garantías para que la adopción internacional tenga lugar, exclusivamente, en el interés superior del niño, respetando sus derechos fundamentales, que se establezca un sistema de cooperación entre los Estados signatarios para lograr el objetivo anterior y así evitar

⁴⁰ PARRA-ARANGUREN, G., Informe explicativo del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. [en línea] <<https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2279&dtid=3>> [consulta: 10 enero 2017]

el secuestro, venta o tráfico de menores y que se garantice el reconocimiento de las adopciones realizadas en un país diverso, pero en el marco de la Convención.”⁴¹

Para lograr el objetivo de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes durante el proceso de adopción, este Convenio tiene como fundamento la cooperación entre los Estados involucrados en la adopción internacional, esto es el Estado de origen y el Estado receptor, imponiendo a ambos parámetros estrictos no sólo respecto del reconocimiento de las adopciones realizadas en un Estado distinto sino respecto a que éstas se lleven a cabo en respetando el interés superior del niño y también evitar todas aquellas irregularidades que pudieran surgir.

Como es lógico, la aplicación de esta Convención está supeditada a adopciones de carácter internacional, para esta normativa la internacionalidad estará determinada por el traslado del niño, niña o adolescente desde su país de origen a otro Estado receptor, sin embargo, reconoce la posibilidad de que este traslado sea posterior o previo a la adopción en sí misma con lo que se consagra la posibilidad de que la adopción sea llevada a cabo según la legislación de origen del adoptado, en cuyo caso el traslado se llevará a efecto posteriormente a la adopción o que lleve a efecto según la legislación del Estado receptor en cuyo caso el traslado será previo a la adopción misma.⁴²

Cabe señalar que sólo se contemplan adopciones que crean un vínculo de filiación permanente con lo cual no será aplicable en los casos en que exista la

⁴¹ LORIE DABOVIC, M., 2008. Análisis normativo de la Convención de la Haya en el derecho español y chileno. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho.

⁴² En Chile solo se contempla el traslado del niño, niña o adolescente, posterior a la adopción en sí misma. El procedimiento será estudiado en el capítulo relativo a la legislación nacional.

posibilidad de renuncia o expiración de la adopción como es el caso de las adopciones simples.

Es interesante este aspecto del Convenio ya que no determina la legislación aplicable a las adopciones internacionales sino que señala primordialmente normas de protección respecto de ellas, ya sean estas llevadas a cabo en el Estado de origen o en el receptor. No da preferencia a ninguna de las legislaciones involucradas.

Para cumplir con los objetivos antes mencionados, este cuerpo legal impone entre otros, el deber de crear en cada uno de los Estados la figura de la Autoridad Central que abordaremos en el siguiente punto.

2.2.1.- Autoridad Central

Regulada en el Capítulo III del Convenio entre los artículos 6 y 13, cumple un rol fundamental haciendo efectiva la cooperación y comunicación entre los Estados y es la institución que estará a cargo de velar para que las disposiciones del tratado se cumplan durante todo el proceso de adopción. Es por tanto, el nexo más importante entre los Estados involucrados debiendo reunir y resguardar la información relativa al proceso de adopción, siendo además promotor de la cooperación en la materia, entregando toda la información pertinente respecto de las normas de su Estado relativas a la adopción al país que la solicite, siendo tarea también de esta autoridad central el control de legalidad y procedencia de la adopción.⁴³

⁴³ GOODNO, N., COCHRAN, R., MILBRANDT, J., Y BALLARD, R. 2015. The Intercountry Adoption Debate: Dialogues Across Disciplines. Cambridge Scholars Publishing. 218p.

Esta cooperación y control ejercido a través de la Autoridad Central permite disminuir situaciones de abusos cometidos a raíz de adopciones internacionales desregularizadas estableciendo una comunicación directa entre las autoridades centrales de los países involucrados en la adopción que se llevará a cabo, comunicación que no solo dice relación con la adopción misma sino también con todo el seguimiento necesario posterior a la adopción.

Por otro lado, establece requisitos que se deben cumplir para que la adopción se lleve a cabo, unificando de esta forma criterios de procedencia de adopciones de este tipo. Los requisitos se encuentran establecidos en los artículos 4° y 5° e imponen obligaciones a las autoridades centrales tanto del Estado de origen como a las del Estado receptor.

En cuanto al país del adoptado, se señala que las autoridades del Estado de origen darán lugar a la adopción internacional sólo en aquellos casos en que haya sido declarado susceptible de ser adoptado, en los casos en que la adopción internacional presenta mayores beneficios para el niño, niña o adolescente en relación a una adopción nacional y se ha acreditado que el consentimiento necesario de las personas, autoridades o instituciones según sea el caso, ha sido informado, libre, por escrito, cumpliendo las exigencias legales y exento de toda retribución pecuniaria o pago y en el caso de que el consentimiento del niño sea necesario, éste también ha cumplido con las exigencias antes expuestas.

Las autoridades centrales del país receptor por su parte, deberán dar lugar a la adopción internacional siempre y cuando se haya acreditado la idoneidad de los

adoptantes, que éstos han sido asesorados y se han asegurado de que el menor podrá ingresar al país y residir permanentemente en él.

En este sentido el Convenio de la Haya a través de una solución distributiva, tiende a eliminar un posible conflicto de leyes entregando a la legislación del país de origen la regulación respecto de la susceptibilidad de ser adoptado, los consentimientos necesarios tanto de los adultos como del niño, niña o adolescente si así fuera el caso y a la legislación del país receptor lo relativo tanto a la idoneidad de los adoptantes como al ingreso y residencia permanente del adoptado en este país.

Igualmente, el Convenio establece que una adopción que ha sido certificada conforme lo prescrito en la Convención por la autoridad competente, deberá ser reconocida por el solo ministerio de la ley en los otros Estados contratantes, de esta manera se busca evitar posibles conflictos respecto del reconocimiento de una adopción llevada a cabo en el Estado de origen por parte del Estado receptor.⁴⁴

Siguiendo los principios del derecho internacional, el Convenio hace notar un límite al reconocimiento ipso iure de la adopción realizada conforme a la legislación de un Estado diferente estableciendo que éste reconocimiento podrá ser rechazado solo si es contrario de forma evidente y manifiesta a sus políticas públicas teniendo en consideración el interés superior del niño.⁴⁵

Estamos por tanto, frente a un instrumento de gran utilidad en materia de adopciones internacionales y que desde su nacimiento ha sido ampliamente utilizado

⁴⁴ Artículo 23, Convenio sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

⁴⁵ Capítulo V. Reconocimiento y Efectos de la Adopción. Convenio sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

convirtiéndose en la normativa que, por ejemplo UNICEF, reconoce como válida respecto de las adopciones internacionales. Al respecto UNICEF señala que; “(...) apoya las adopciones internacionales cuando éstas se realizan de conformidad con las normas y principios del Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993, que ha sido ratificado por más de 80 países. Ese Convenio representa un avance importante para los niños, sus familias biológicas y sus potenciales familias adoptivas extranjeras. En el mismo se estipulan las obligaciones de las autoridades de los países de origen de los niños, así como las de los países que les reciben para su adopción. El Convenio tiene como objetivo garantizar que los procesos de adopción sean adecuados y honestos. En el Convenio se otorga prioridad máxima al interés superior del niño y se ofrece un marco de referencia para la aplicación práctica de los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño referidos a las adopciones internacionales. Entre ellos figuran la obligación de garantizar que las adopciones de esa índole cuenten con la autorización de las autoridades competentes, de obtener el consentimiento previo con conocimiento de causa de todas las partes interesadas, de asegurar que las adopciones internacionales se lleven a cabo bajo las mismas normas y protecciones que se aplican en las adopciones nacionales y de que no involucren réditos financieros inadecuados para quienes participen en las mismas.”⁴⁶

Cabe señalar que este Convenio no admite reservas, así se establece en su artículo 40, lo que le ha valido ciertas críticas, sin embargo, la exclusión de reservas permite el objetivo práctico para el cual el tratado fue creado que es precisamente la

⁴⁶ UNICEF. Centro de prensa: Adopciones Internacionales. [en línea] <http://www.unicef.org/spanish/media/media_41918.html> [consulta: 30 noviembre 2016]

unificación del derecho relativo a la materia. En Chile este Convenio fue promulgado vía Decreto supremo N°1.215 de fecha 3 de octubre de 1991 entrando en vigor el 11 de noviembre del mismo año.

2.3.- Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción Internacional.

La que en adelante llamaremos Convención Latinoamericana, fue celebrada en mayo de 1984 en la Paz, Bolivia por la Tercera Conferencia Especializada en Derecho Internacional Privado (CIDIP III) y ratificada por Chile el año 2002 por el decreto N° 24 entrando en vigencia el 30 de abril del mismo año.

Los Estados que la han suscrito y ratificado son: Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Haití, Honduras, México, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

La Convención Latinoamericana, no tenía por objetivo el incentivar o reprimir las adopciones internacionales en sí, sino que darle regularidad jurídica a esta institución que cada vez estaba cobrando más fuerza en nuestro continente.⁴⁷

El ámbito espacial de esta Convención son los países del sistema interamericano quedando abierta su adhesión por parte de Estados que no formen parte de este sistema permitiendo su aplicación más allá del ámbito regional.

⁴⁷ SALINAS BURGOS, H. 2001. La adopción por personas no residentes y las convenciones internacionales aplicables. Requisitos, Procedimientos y Garantías. Revista Chilena de Derecho, 28 (1): 56

Su aplicación material serán las adopciones internacionales que revistan las características de adopción plena, legitimación adoptiva u otras figuras afines, cabe señalar, que Chile al ratificar la convención hizo reserva respecto de este punto señalando que solo “reconoce la adopción plena u otras instituciones que produzcan similares efectos.”⁴⁸ esto en consideración con que al momento de ser ratificada la Convención en Chile ya se encontraba vigente la Ley N° 19.620 que establece un único sistema adoptivo en Chile cual es la adopción plena.⁴⁹

Es relevante destacar que en cuanto a los factores de conexión la Convención establece en su artículo 1° un sistema combinado ya que la norma señala que será aplicable cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado y el adoptado su residencia habitual en otro Estado”. Será entonces el domicilio el factor de conexión respecto de los adoptantes y la residencia habitual respecto de los adoptados.

Se elige este sistema porque se considera que la residencia habitual del menor de edad tiene una conexión más directa con él alejándolo del domicilio del representante legal intentando evitar así, que un ordenamiento jurídico lejano al adoptado sea el que prime; así lo explica el profesor Didier Operti en el análisis sobre esta Convención “se ha optado por un sistema combinado de domicilio y residencia habitual, según se trate del mayor o del menor, respectivamente, con lo cual se neutraliza la influencia del domicilio del representante legal del menor como domicilio forzoso del menor, el que no reflejaría un verdadero interés regulador por

⁴⁸ Para ver estado del Tratado y las reservas hechas por Estados Partes. OEA. Tratados Multilaterales. Información General del Tratado: B-48. [en línea] <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-48.html>>[consulta: 29 noviembre 2016]

⁴⁹ Abordaremos en detalle la diferencia entre adopción plena y simple en el Capítulo 3.

parte del respectivo orden jurídico.”⁵⁰ De esta forma se deja afuera la nacionalidad como punto de conexión dando preferencia, como vimos, a la residencia y domicilio.

El objetivo primordial de la Convención es la protección del niño, niña o adolescente que va a ser adoptado, buscando solucionar conflictos de legislaciones que puedan ser aprovechados para burlar disposiciones internacionales de la materia y así vulnerar los derechos de los niños pudiendo configurarse casos que ya hemos mencionado, como secuestro, tráfico infantil, o simplemente dejar desprotegidos a niños, niñas o adolescentes en un Estado distinto al cual pertenecen.

Es así, que disposiciones tales como el artículo 20 de la Convención Latinoamericana, señala que:

“Cualquier estado parte podrá, en todo momento, declarar que esta Convención se aplica a las adopciones de niños, niñas o adolescentes con residencia habitual en él por personas que también tengan residencia habitual en el mismo Estado parte, cuando, de las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante (o adoptantes) se proponga constituir domicilio en otro Estado parte después de constituida la adopción.”

La reserva presentada por Chile cumple con el mismo propósito ya que tal como vimos sólo hace aplicable la Convención a países que reconozcan la adopción plena o instituciones similares buscando evitar que un menor chileno adoptado en

⁵⁰ OPERTTI BALDÁN, D., 1986. Comentarios a la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores. [en línea] Unidad de Estudios Jurídicos y Sociales, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay.<<http://www.corteidh.or.cr/tablas/11498.pdf>> [consulta: 10 diciembre 2016]

Chile, no se le reconozcan los mismos derechos en el país en el cual va a vivir con su nueva familia, lo que está en directa relación con uno de los principios informadores de toda legislación relativa a niños, niñas o adolescentes, ya largamente explicado como es el resguardo del interés superior del niño.⁵¹

Otra norma de gran relevancia y en relación a la señalada anteriormente es el artículo 25 que establece la eficacia extraterritorial de las adopciones internas señalando que surtirán efectos de pleno derecho en los demás Estados Partes aun cuando los efectos se rijan por la ley del nuevo domicilio del adoptante, esto es un reconocimiento ipso iure de una adopción nacional o interna una vez que la nueva familia se traslada a otro Estado.

En cuanto a la legislación aplicable, la Convención mantiene su política de protección al menor de edad por lo que señala que se someterá el vínculo adoptivo, sus condiciones de fondo, a la legislación del país residencia habitual, sin embargo también deja espacio para la aplicación de la legislación del domicilio del o los adoptantes.⁵²

Esta solución distributiva de legislaciones aplicables busca evitar adopciones claudicantes, esto es adopciones que siendo decretadas válidamente en un Estado y según su legislación no sean reconocidas en el Estado en el cual se llevará a efecto la vida en común entre adoptado y adoptantes.

⁵¹ La Reserva presentada por Chile señala: “La Republica de Chile declara que solo reconoce la adopción plena u otra institución que produzca similares efectos y, en consecuencia, constituya un vínculo de filiación que confiera al adoptado la condición de hijo del o de los adoptantes, por lo cual formula reserva a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención, el que considera inaplicable a su respecto.”

⁵² El Artículo 4 de la Convención señala las materias que se regirán por esa legislación, estas son, en general, las relativas a la capacidad y requisitos para ser adoptantes.

Tal como vimos en el acápite sobre adopción internacional el conflicto que suscita este tipo de solución distributiva es que en toda adopción internacional existen materias que afectan a ambas partes (adoptado y adoptante) frente a lo cual esta Convención no señala solución al respecto por lo cual se deberá, según los principios generales del derecho internacional, o aplicar la ley más beneficiosa para el niño, niña o adolescente, siendo ésta la del domicilio del adoptante o la de la residencia habitual del adoptado o la más restrictiva en desmedro de la adopción internacional como institución subsidiaria.

Si bien es cierto que la Convención Latinoamericana busca solucionar conflictos para evitar abusos y proteger los derechos de los niños, niñas o adolescentes, no es de gran aplicación ya que por la realidad de nuestro continente son pocas las adopciones que se producen entre los países de la región, de hecho, viendo las estadísticas sobre adopciones internacionales en nuestro país no existen en los últimos años adopciones entre Chile y algún país signatario de esta Convención.

Cabe recalcar que esta Convención, como ya señalamos anteriormente, contempla la posibilidad de adhesión por parte de Estados no integrantes del sistema interamericano, lo que, debido a la realidad de nuestro continente latinoamericano, importaría un gran avance en cuanto a cumplir los objetivos para los cuales fue creada esta normativa, esto porque en general, la situación social y económica de nuestra región nos ha configurado como un continente del cual provienen los adoptados y los adoptantes provienen principalmente desde Europa.

Por otro lado, no remedia el problema de la determinación de la nacionalidad del menor, esto es la cancelación de la nacionalidad previa para adoptar la nacionalidad de sus adoptantes o si se mantienen la nacionalidad aun cuando se haya producido la adopción, este es un tema de suma importancia ya que como sabemos la nacionalidad es el vínculo jurídico entre una persona y un Estado creando derechos y deberes recíprocos además de ser un derecho humano consagrado internacionalmente, en efecto, no tener la claridad respecto de la nacionalidad de un menor puede producir indefensión, desprotección y dar lugar a las situaciones de tráfico y abuso que la misma Convención Latinoamericana intenta evitar.

CAPÍTULO 3

ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

3.1.- Breve reseña histórica de la legislación chilena en Materia de Adopción Internacional.

Durante toda nuestra historia, hasta el año 1999, año de promulgación de la Ley N° 19.620 que regula la adopción en la actualidad, en nuestro país no existía un cuerpo legal que regulara la adopción internacional.

En el año 1934 se promulga la primera Ley de Adopción en Chile, la Ley N° 5.343 del 6 de enero de dicho año, la cual presenta una visión de la adopción como una relación contractual que podía ser revocable y que no constituía estado civil, por lo que el adoptado conservaba los derechos y obligaciones respecto de su familia de origen, la patria potestad la ejercía el adoptante respecto del adoptado y regían para ellos las mismas reglas establecidas para los hijos legítimos en los títulos IX y X del libro I del Código Civil.⁵³ No había referencia alguna a la adopción internacional, por lo que no podemos descartar que ese hayan producido adopciones internacionales no reguladas, ya que al no estar tampoco expresamente prohibidas, es perfectamente posible que adultos no residentes en Chile hayan podido adoptar, en las condiciones establecidas en esta Ley a un niño, niña o adolescente chileno ya que bastaba el consentimiento de éste o de su representante legal para que la adopción se llevara a cabo.

⁵³ Así se establecía en el artículo 1° inciso final y artículo 13 de la Ley N° 5.343.

Nueve años después comienza a regir la Ley N° 7.613 de 21 de octubre de 1943, la cual mantiene la lógica de la adopción como contrato entre adoptante y adoptado, esta debía ser autorizado por la justicia, previa audiencia de parientes, y finalmente inscribirse en el Servicio de Registro Civil.⁵⁴ En lo sustancial esta Ley mantiene la regulación anterior sin constituirse el estado civil de hijo respecto del adoptado y contemplando la posibilidad de revocación.

La principal diferencia con la Ley anterior es la posibilidad de adoptar por parte de una persona que tenga hijos legítimos con la condición de que éstos presten su consentimiento y la regulación más extensa respecto del lugar que ocupa el adoptado en materia sucesoria considerándolo como hijo natural.⁵⁵

En esta Ley se mencionan por primera vez aspectos internacionales en la adopción, al respecto el artículo 7° y 8°, plantean requisitos para la inscripción de la escritura pública en el Registro Civil, por ejemplo, que si el adoptado es extranjero y su nacimiento no está inscrito en Chile, es necesario inscribirlo en la primera sección de la comuna de Santiago presentando el certificado de nacimiento debidamente legalizado todo esto para los efectos de poder anotar la adopción al margen de dicha inscripción.

Se desprende de dichos artículos que el ordenamiento jurídico de la época aceptaba que adoptante, adoptado o ambos -ya que no existe norma alguna que lo prohíba- fueran de una nacionalidad distinta a la chilena, sin generarse mayor

⁵⁴ VERGARA BULARZ, V., 2001. La adopción en Chile: Falencias y Debilidades de la Ley 19.620. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

⁵⁵ LARRAÍN ASPILLAGA, M. 1991. La adopción, un análisis crítico y comparado de la legislación Chilena. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 65p.

conflicto o dificultad alguna ya que bastaba para la inscripción la sola mención de la nacionalidad de las partes de este contrato.

La anterior no es sino una mera norma procedimental, por lo tanto, no hace referencia alguna a la protección del niño, niña o adolescente, ni a la regularidad de la salida de éste desde su país de origen, ni a qué normas se debe sujetar este tipo de adopción, por lo que no podemos decir que esto constituya un interés real de regulación en la materia.

Posteriormente, la Ley N° 16.346 del 20 de octubre de 1965, trae consigo un gran avance ya que establece la legitimación adoptiva, esto es, que la adopción concede el estado civil de hijo legítimo extinguiendo por tanto todos los vínculos de filiación anteriores.

Cabe señalar que conforme al artículo 4° de esta Ley, la legitimación adoptiva debía ser solicitada expresamente por los adoptantes y otorgada por sentencia judicial si se cumplían con los requisitos tales como la existencia de justificación para otorgarla y su carácter de beneficiosa para el adoptado.⁵⁶

Con respecto a la adopción internacional no se hace referencia alguna, por lo que seguía rigiendo lo establecido en la Ley N° 7.613, no existiendo impedimento alguno para que adoptantes de distinta nacionalidad del adoptado pudieran solicitar la legitimación adoptiva quedando a criterio del juez si la otorgaba o no, teniendo en cuenta eso sí el requisito de los plazos de tuición o cuidado personal lo que hace

⁵⁶ El artículo 2° y 3° de la Ley establece los requisitos para la solicitud, determinando además el artículo 3° que sólo podrán ser adoptados por esta vía los menores de 18 años de edad, que se encuentren abandonados, sean huérfanos de padre y madre, que no tengan padres conocidos o los hijos de uno de los cónyuges adoptantes.

suponer que al menos para la solicitud de legitimación adoptiva era necesaria la residencia en Chile de los adoptantes.

Esta Ley será derogada en 1988 por la Ley N° 18.703 la cual establecerá dos sistemas de adopción; adopción simple y adopción plena. La primera, regulada en el Título II, no concede al adoptante el estado civil de hijo, no obstante, sí le asisten una serie de derechos y obligaciones si no está sujeto a patria potestad como son los señalados en los títulos IX y X del Libro I del Código Civil. Adicionalmente, se contempla para este caso la posibilidad de revocación.⁵⁷

La adopción plena, regulada en el Título III, es aquella que confiere al adoptado el estado civil de hijo, extinguiendo los vínculos con su familia de origen, con todos los derechos y obligaciones que esto implica tanto para el adoptado como para los adoptantes.⁵⁸ Es de carácter irrevocable y sólo existía la posibilidad de decretar la nulidad de ella en caso de que el adoptante lo solicitara por haber sido fraudulentamente obtenida.

Los requisitos y condiciones respecto tanto del adoptante como del adoptado eran diferentes en caso de adopción simple y adopción plena, siendo considerablemente más estrictos para el caso de la plena. La primera se regulaba entre los artículos 5° y 6° de la Ley, mientras que la segunda en los artículos 21° y siguientes.

⁵⁷ Artículo 20, Ley N° 18.703, establece las causales por las cuales se podrá revocar la adopción simple, modificando las causales de las leyes anteriores.

⁵⁸ Artículo 36, Ley N° 18.703.

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

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

Cabe destacar que el año 1979, nueve años antes de la dictación de esta Ley se había creado el Servicio Nacional de Menores, en adelante SENAME, como un organismo gubernamental centralizado dependiente del Ministerio de Justicia cuyo objetivo principal es la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes además de encargarse de regular y controlar la adopción en Chile.

La Ley N° 18.703 le entrega diversas funciones, pero ninguna muy sustantiva en cuanto a la protección de los derechos del niño, niña o adolescente chileno que será adoptado en el extranjero, así el artículo 42 determinaba el rol del SENAME en este tipo de adopciones se limitaba a recibir y comprobar que las solicitudes de salida del país para ser adoptados en el extranjero cumplieran con los requisitos y contuvieran todos los antecedentes y elementos que permitieran al juez resolver de

manera informada. Además, se le facultaba para emitir opinión respecto de la conveniencia o no de la salida y adopción del menor, pero era una facultad, no una obligación y tampoco era vinculante.⁵⁹

El procedimiento para decretar la salida del país para ser adoptado en el extranjero se regulaba básicamente en siete artículos que determinaban requisitos de la solicitud que debía presentarse ante el SENAME, y una serie de trámites incluyendo Tribunales, Registro Civil y Ministerio de Relaciones Exteriores.

Este procedimiento y las numerosas solicitudes de familias en el extranjero, dieron lugar a una serie de irregularidades.⁶⁰ Lo anterior fue objeto de discusión en los tribunales del país, lo que derivó en el Acuerdo dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 2 de Julio de 1992 que imparte instrucciones referentes a la tramitación de estas autorizaciones a raíz de “hechos irregulares producidos en algunos Tribunales de Menores de la Provincia, y ante los vacíos legales e imprecisiones que se observan en la normativa relativa a los procedimientos vinculados con la salida de menores al extranjero para su adopción, y frente a las dudas existentes sobre la aplicación de la Ley N° 18.703.”⁶¹

Desde el punto de vista del Derecho Internacional y teniendo en cuenta que solo después de un año de dictada esta Ley se ratificó por Chile la Convención sobre Derechos de los Niños, este sistema de adopción contravenía principios básicos referentes a la materia, tales como la consagración de la adopción internacional

⁵⁹ SENAME. Gestión 2000-2006 [en línea]

<http://www.sename.cl/wsename/otros/gestion/BGI_SENAME_2006.pdf> [consulta: 15 noviembre 2016]

⁶⁰ VON SCHAKMANN, C., 2015. La Adopción Internacional en Chile. Revista Chilena de Derecho Internacional Privado (I): 37-51

⁶¹ Acuerdo S/N dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago relativa a la Normativa relativa a los Procedimientos vinculados con la salida de menores al extranjero para su adopción de fecha 02 de julio de 1992.

como subsidiaria a la adopción nacional, o normas relativas a la protección de los derechos fundamentales de los menores durante el proceso.

La vigencia de este sistema de adopción internacional fue de 11 años y se mantuvo a pesar de que Chile ya se encontraba en la obligación de cumplir los tratados internacionales en la materia como la Convención de los Derechos del Niño cuya ratificación por parte de nuestro país fue en el año 1990.

Esta carencia de regulación produjo nefastas consecuencias respecto de la garantía de los menores en nuestro país, y que fueron objeto de recomendaciones por parte de Comité de los Derechos del Niño de 1994, en donde se solicitó adecuar la legislación interna a las normas internacionales que nuestro país ya había suscrito.⁶²

3.2.- Actual legislación chilena en Materia de Adopción: Ley 19.620.

El proyecto de Ley que dio origen a la Ley N° 19.620, fue presentando en 1993, en consideración con vacíos legales existentes a esa fecha en la legislación nacional y a fin de adecuarla conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño.⁶³

Algunos de los conflictos y problemas generados por la ley anterior y que motivaron la dictación de esta nueva normativa fueron el hecho de que no se

⁶² UNICEF. Comité de los Derechos del Niño. Informe del Estado de Chile y Observaciones del Comité. [en línea] <<http://unicef.cl/web/informes-comite/>> [consulta: 24 noviembre 2016]

⁶³ HISTORIA DE LA LEY 19.620. Mensaje del S.E. El Presidente de la República. Fecha 05 de enero, 1993. Cuenta en Sesión 37, Legislatura 325. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/22912/4/HL19620.pdf>> [consulta: 10 octubre 2016]

consagraba al niño, niña o adolescente como sujeto pleno de derecho, no se establecían derechos tales como el derecho a ser oído, no se establecían requisitos específicos en cuanto a la idoneidad y requisitos psicológicos y socioeconómicos de los adoptantes quedando a criterio de juez, las facultades de la autoridad central – SENAME- eran muy reducidas, el procedimiento de adopción estaba unido a la declaración de abandono del niño, niña o adolescente lo que trajo nefastas consecuencias y abusos, entre otras.⁶⁴

Adicionalmente, el Comité de los Derechos del Niño del año 1994 en que se instaba a Chile a adecuar su legislación interna a las disposiciones de la Convención sobre Derechos del Niño que el año 1999 se dicta la nueva Ley de adopción en Chile la Ley N° 19.620.⁶⁵

Si bien esta Ley no define la adopción, el artículo 1° establece sus objetivos y efectos;

Artículo 1°.- 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.

⁶⁴ VON SCHAKMANN, C., 2015. La Adopción Internacional en Chile. Revista Chilena de Derecho Internacional Privado (I): 37-51

⁶⁵ UNICEF. Comité de los Derechos del Niño. Informe del Estado de Chile y Observaciones del Comité. [en línea] <<http://unicef.cl/web/informes-comite/>> [consulta: 24 noviembre 2016]

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

Conforme a lo que hemos visto anteriormente, a través de este artículo además se establece el tercer tipo de filiación existente en nuestro ordenamiento, la filiación adoptiva. Además, se determina que la adopción no es sólo un procedimiento sino que también es una medida tendiente a velar por el interés superior del adoptado y garantizar el derecho fundamental de vivir y desarrollarse en el seno de una familia.

De la historia de la Ley y de la Ley en sí misma, se desprende que los principios informadores de esta ley guardan conformidad con aquellos establecidos internacionalmente, lo que ciertamente se enfatizó durante el proceso de tramitación de la Ley.⁶⁶ Dichos principios son los siguientes;

1) Subsidiariedad de la adopción: esto es que la adopción sólo se llevará a cabo o procederá cuando el derecho del niño, niña o adolescente a vivir y desarrollarse en una familia no pueda ser proporcionado por su familia de origen. El artículo 1° es claro al respecto y el juez debe dar cumplimiento cabal a ello, por lo cual durante el procedimiento previo a la adopción en donde se debe analizar la potencial declaración de susceptibilidad de adopción del menor de edad deberá tener en cuenta la imposibilidad de que permanezca en su familia de origen.

⁶⁶ Fue planteado no sólo en el Mensaje del Presidente de la República, sino que también en el Primer Informe de Comisión de Familia Cámara de Diputados. Fecha 31 de julio, 1995. Cuenta en Sesión 41, Legislatura 332. Igualmente en el Informe de Comisión de Hacienda Cámara de Diputados. Fecha 10 de enero, 1996. Cuenta en Sesión 41, Legislatura 332, entre otros y discusiones de Sala en reiteradas ocasiones.

2) Interés superior del niño: en concordancia con los tratados internacionales y en especial con la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley N° 19.620 establece el resguardo permanente de que se cumpla este mandato.

3) Derecho a la identidad: en las leyes previas a la promulgación de la Ley 19.620, la adopción tenía un carácter secreto, lo que traía como consecuencia la transgresión del derecho de todo niño a la identidad, imposibilitando la búsqueda de familia de origen.⁶⁷ Esta Ley pone remedio a aquello señalando en su artículo 27 referente al resguardo por parte del Registro Civil y de Identificación en su archivo general de los antecedentes que le haya enviado el oficial que haya realizado la inscripción de la adopción.

Esta norma señala que los mayores de 18 años podrán conocer y averiguar su origen y que podrán otorgarse copias de la sentencia o de los antecedentes de la adopción por resolución judicial, a pedido del adoptado, de los adoptantes o de los ascendientes o descendientes de éstos. Contempla además, la posibilidad de que la solicitud la realice una persona distinta a los adoptantes en cuyo caso la autorización solo se decretara previa citación de éstos salvo que hayan fallecido.

4) Derecho del niño a ser oído y a, si corresponde, dar su autorización respecto de su adopción: este principio se encuentra, al igual que los anteriores, en directa relación con los derechos consagrados en la Convención sobre Derechos del Niño. En el artículo 3° se señala que el juez durante todo el procedimiento deberá escuchar las opiniones del menor teniendo en cuenta su edad y madurez. Sin embargo, será necesario hacer una distinción entre menores y menores adultos.

⁶⁷ CORRAL TALCIANI, H. 2002. Adopción y filiación adoptiva. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 40-41p.

En el caso de los menores el juez ponderará, a partir de una evaluación psicológica que determine la madurez del menor, las opiniones que éste pueda aportar al proceso.

En el caso de los menores adultos se debe contar con su consentimiento para ser adoptado. pero existe una excepción, bastante controversial al respecto ya que la ley autoriza, a pesar de la negativa del menor adulto, a decretar la adopción en los casos en que el juez la estime conveniente y beneficiosa, resolución que debe ser fundada.

5) Preferencia de la familia matrimonial: se preferirán dentro de los postulantes, a los matrimonios con residencia en Chile respecto de los solteros, separados o viudos.

6) Preferencia de la adopción nacional: esto implica que se dará preferencia a las adopciones nacionales respecto de las internacionales las cuales sólo procederán de manera subsidiaria. Guardando total conformidad con los tratados internacionales abordados anteriormente, implica que se debe intentar por todos los medios que el niño permanezca en su país de origen y así mantener el vínculo con sus raíces respetando su nacionalidad, cultura, raza y religión.

Adicionalmente, la profesora Maricruz Gómez de la Torre⁶⁸ refiere a las características de la Ley 19.620, como por ejemplo el hecho de que la adopción se presenta como una institución de orden público, propia del derecho de familia, que constituye estado civil, que se declara por sentencia judicial dictada en procedimiento

⁶⁸ GÓMEZ DE LA TORRE, M., 2007. El sistema Filiativo Chileno. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

no contencioso ante tribunal competente, entre otros.⁶⁹ Una característica importante de esta Ley es también que incorpora los principios de protección internacional del niño, niña o adolescente, lo que fue expresado en el proceso de tramitación de la Ley.

3.3.- Procedimiento de Adopción Internacional en la Ley 19.620.

El procedimiento que se debe seguir en la adopción internacional se encuentra consagrado en el párrafo Tercero del Título III de la Ley N° 19.620 entre sus artículos 29 y 36.

Como hemos visto en capítulos previos, este tipo de adopción comparte todos los principios y características descritas respecto de la adopción nacional, lo que la distingue principalmente, es que adoptante y adoptado deben tener residencia en distintos Estados y que operará sólo de manera subsidiaria a la adopción nacional.

En el artículo 29 se establece que la adopción internacional se llevará a cabo según el procedimiento contenido en el párrafo segundo del mismo Título y en lo que corresponda, según lo que dicten las convenciones y tratados internacionales suscritos por Chile. Será en lo esencial, el mismo procedimiento para las adopciones nacionales e internacionales estableciendo como exigencia adicional a las segundas, el que deberá estar siempre patrocinado por el SENAME o por un organismo acreditado ante éste.

⁶⁹ La Ley 7.613 permitía la adopción de mayores de edad lo cual se desprende no sólo del Título I relativo a la Constitución de la Adopción, sino que a través de la ley en su totalidad.

Recordemos que la adopción siempre será un procedimiento no contencioso en el que no se permite oposición, será el juez entonces quien deberá ponderar los antecedentes entregados por las personas e instituciones que intervienen en el procedimiento.

El tribunal competente para conocer de un procedimiento de adopción internacional es el Tribunal de Familia del domicilio del niño, niña o adolescente, o de la persona o institución que lo tenga bajo su cuidado.⁷⁰

Podemos decir que todo procedimiento de adopción se divide en dos etapas, conformadas, como vimos anteriormente, por dos procedimientos independientes, la primera que consiste en establecer que el menor de edad está en condiciones de ser adoptado, vale decir, la susceptibilidad de ser adoptado, lo que debe ser declarado por un tribunal competente y la segunda, el procedimiento mismo de la adopción.

3.3.1.- Primera Etapa: Susceptibilidad de Adopción

La Ley N° 19.620 establece claramente en su artículo 8° que podrán ser adoptados los menores de 18 que se encuentren en alguna de las tres situaciones:

a) cuyos padres no se encuentren capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente y que expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el juez competente.⁷¹ b) descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes. c) que haya sido declarado susceptible de ser adoptado por resolución judicial del tribunal competente acorde al artículo 12 y siguientes de la Ley en cuestión.

⁷⁰ Artículo 34, Ley 19.620.

⁷¹ La Ley exige en estos casos que el motivo sea extrema pobreza, toda vez que señala que la mala situación económica de los padres no es impedimento para hacerse cargo responsablemente del hijo.

Es requisito que ambos padres expresen su voluntad y consientan en entregar al hijo en adopción, si la solicitud es realizada por uno de ellos, el juez debe citar al otro padre o madre que lo hubiere reconocido a confirmar u oponerse a la solicitud. Si el padre o madre citado no asiste se presume su voluntad de entregar al hijo en adopción. Si el menor hubiere sido reconocido por sólo uno de sus progenitores o uno de ellos hubiere muerto bastará la voluntad del solicitante para dar curso a la solicitud.

El solicitante o los solicitantes tendrán un plazo de 30 días para retractarse a contar desde la declaración de voluntad de dar al menor en adopción.

Esta ley abre la posibilidad de la adopción prenatal, que se regula específicamente en el artículo 10° en cuyo caso el plazo de retracto será igual de 30 días pero se contará a partir de la fecha del parto no a partir de la declaración de voluntad, es decir la madre podrá declarar su deseo de que dar al niño o niña en adopción, aún antes de que éste nazca, y entonces tendrá un plazo de 30 días a partir del nacimiento para retractarse.

Una vez que se acreditan la condiciones señaladas anteriormente el juez decreta respecto de este menor la susceptibilidad de adopción, quedará entonces el menor en condiciones de ser adoptado.

La segunda situación se refiere a la adopción de un menor de edad que es descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes, esto es que sea hijo o nieto de uno de ellos. La ley exige la vinculación biológica entre el menor y uno de los adoptantes por lo que se pueden generar tres situaciones.

- a) Que el menor sea adoptado por el cónyuge de su padre o madre biológica cuando sólo ha sido reconocido por éste. Este es el único caso en que la ley no exige sea declarada la susceptibilidad de ser adoptado por parte de un tribunal y señala que se aplicará directamente el procedimiento de adopción.
- b) Que el menor sea adoptado por el cónyuge de su padre o madre biológica cuando ha sido reconocido por sus dos progenitores. En este caso la ley exige que el otro padre o madre debe consentir en la adopción para lo cual el juez debe citarlo para que o declare su conformidad respecto de esta adopción o se oponga a ella.
- c) Que el menor sea adoptado por ascendiente distinto a su padre o madre biológico, esto es por uno de sus abuelos o abuelas o sus bisabuelos o bisabuelas cuyo cónyuge no sea ascendiente biológico del menor.

La ley señala que serán aplicables los procedimientos señalados en el artículo 9° (citación al padre que no ha solicitado la entrega del menor en adopción) o el señalado en el artículo 13° (declaración de susceptibilidad de adopción) pero no señala cuando procederá cada uno por lo que la norma se torna confusa.

La tercera situación es la que se refiere a la declaración de susceptibilidad de adopción por parte de un tribunal competente regulada en los artículos 12 y siguientes de la ley, relativas a orfandad, abandono o falta de cuidado, y el procedimiento según el artículo 13 puede ser iniciado de oficio por el juez o a solicitud del SENAME o a instancia de las personas naturales o jurídicas que tengan menores a su cargo.

El juez deberá constatar que los supuestos de la norma se configuran, esto es que:

- a) El padre, la madre o quienes tengan bajo su cuidado al menor se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado de éste según el artículo 226 de CC.
- b) Cuando las personas que tengan el cuidado personal del menor no le entreguen la atención personal o económica durante el plazo de dos meses cuando el menor es mayor de un año, si fuere de edad inferior a un año el plazo será de 30 días.
- c) Cuando el menor sea entregado a una institución pública o privada de protección de menores o a un tercero con ánimo evidente de no cumplir y desentenderse de sus obligaciones legales.

Si el juez logra la convicción de que los supuestos se configuran el menor de edad será declarado susceptible de ser adoptado.

3.3.2.- Segunda etapa; la adopción.

Para el caso de la adopción internacional el artículo 29 de la Ley N° 19.620 determina que el proceso será básicamente el mismo, sujetándose a las Convenciones y Convenios ratificados por Chile.

Se determina expresamente que este tipo de adopciones se constituirán únicamente respecto de personas residentes en el extranjero que sean matrimonios,

y al igual que en la adopción nacional, procederá para viudos cuando hayan iniciado ambos el proceso de adopción, entendiéndose como si siguiera existiendo el matrimonio.⁷²

El artículo 32 señala expresamente los documentos que debe acompañar un matrimonio no residente en Chile en la solicitud de adopción; certificados de nacimiento, matrimonio, copia de resolución judicial que declara que el niño, niña o adolescente puede ser adoptado o certificados que acrediten, certificados emitidos por el cónsul chileno en el país de los solicitantes respecto de profesión u honorarios, certificados emitidos por autoridad de emigración del país de residencia de los solicitantes en que consten los requisitos que el menor adoptado debe cumplir para ingresar en el mismo, certificado autorizado por el organismo gubernamental competente del país de residencia de los solicitantes, si lo hubiere o, en caso contrario, otro instrumento idóneo para formar la convicción del tribunal, en que conste la legislación vigente en aquel país en relación con la adopción así como acerca de la adquisición y pérdida de la nacionalidad del futuro adoptado, informe social emitido por organismo acreditado en el país de residencia de los solicitantes, certificados sobre salud física y mental de solicitante, antecedentes que acrediten la capacidad económica de los solicitantes, fotos recientes, cartas de honorabilidad otorgadas por autoridades o personas relevantes de la comunidad en su país de residencia.

⁷² En este sentido el Artículo 29 hace referencia al Artículo 20 y 22 de la misma Ley para establecer dichos requisitos en los casos de adopción internacional.

La cantidad de documentos solicitados para una adopción internacional, es evidentemente mayor a los solicitados para una nacional, lo que dice relación con la acreditar la capacidad física, psicológica y económica de los futuros adoptantes por un lado y por otro de la legislación vigente relativa al traslado y recepción del niño, niña o adolescente al país de residencia de los mismos.

Se inicia la postulación cuando la Autoridad Central o el organismo acreditado de dicho país ingresa el expediente con toda la documentación requerida para ser analizada por un equipo psicosocial y jurídico. Si no existe reparo se ingresan al Registro de Matrimonios Extranjeros quedando en lista de espera para la asignación de un niño, niña o adolescente según “expectativas y competencias parentales”⁷³, y de existir reparo se informará quedando en espera de ser ingresado solo si es subsanado. En caso de rechazo se informará fundadamente a través de la Autoridad Central u organismo acreditado que ingresó el expediente, el por qué se ha determinado la inviabilidad del proceso.

Cuando el matrimonio es seleccionado, se informa a través de la Autoridad Central u organismo acreditado solicitando respuesta, y con la aceptación oficial del matrimonio y de las instituciones correspondientes, SENAME inicia el proceso de preparación del niño, niña o adolescente y paralelamente se inicia el procedimiento judicial en el Tribunal de Familia Correspondiente.

Se citará a una primera audiencia cuya fecha será fijada según el proceso de preparación del niño y de lo que determine el Tribunal.

⁷³ Sobre todo el procedimiento de postulación y adopción internacional en sí véase: SENAME, Adopción Internacional [en línea] <<http://www.sename.cl/web/adopcion-internacional/>> [consulta: 10 de enero 2017]

Previo a la audiencia el matrimonio deberá asistir a entrevistas con profesionales del Departamento de Atención, y luego profesionales del Departamento de adopción de la Región de origen del niño, niña o adolescente. Luego podrán realizarse encuentros con el menor de edad de manera gradual, solo en el caso que sea evaluado favorablemente y que el Tribunal lo determine.

En esta audiencia el juez deberá ponderar si los antecedentes con los que cuenta acreditan de que la adopción es ventajosa y beneficiosa para el niño, niña o adolescente, si es así, podrá dictar sentencia en la misma audiencia, si no, podrá solicitar diligencias adicionales que deberán presentarse en la audiencia de juicio.

Una vez decretada la adopción se oficiará a todos los organismos correspondientes tanto públicos como privados para que se realice la nueva inscripción en donde se señale la nueva filiación del menor de edad y se saque de los registros del SENAME como susceptible de ser adoptado. Sin embargo, en el caso de la adopción internacional la ley no dice mucho respecto de los tramites conducentes al proceso posterior a la declaración de adopción por parte de cónyuges residentes en el extranjero además de acudir al Registro Civil de Santiago⁷⁴ pero por los efectos de toda adopción, el niño, niña o adolescente saldrá del país con el estado de civil de hijo respecto de los adoptantes y se iniciará en el país de destino los trámites conducentes a que esa sentencia sea reconocida.

Como vimos en el análisis referido al Convenio de la Haya sobre protección del adoptado, esta será reconocida por el sólo ministerio de la ley en los países que

⁷⁴ La Ley 19.620 establece en el Artículo 36 que para efecto de la inscripción de sentencia y todos aquellos tramites contemplados en el Artículo 26 de la misma ley referentes a la adopción nacional.

han ratificado dicho Convenio teniendo como única causal de rechazo el ser contraria al orden público del país de los adoptantes.

Aunque la constitución de la adopción propiamente tal depende en gran parte de los Tribunales en general, el rol que cumplen las autoridades centrales y organismos acreditados en el proceso de adopción internacional es esencial como motor, patrocinadores y conductores del proceso. Analizaremos la Autoridad Central en nuestro país, algunas de sus características y la manera en que desempeña sus funciones.

3.4.- Autoridad Central e Institucionalidad encargada de la Adopción Internacional en Chile.

El Servicio Nacional de Menores o SENAME, es un organismo del Estado, dependiente del Ministerio de Justicia creado por Decreto Ley N° 2.465 del 10 de enero de 1979. Nace en virtud de la falta de regulación y problemas que traía consigo la gestión del Consejo Nacional de Menores, ya que la normativa adolecía de vacíos e imperfecciones que hacían que su acción no fuera eficaz al momento de auxiliar a los menores de edad que se encontraban en situaciones de vulneración de derechos, peligrando por tanto su normal desarrollo, especialmente cuando las personas que los tenían a su cargo eran padres o tutores no capaces de hacerlo.⁷⁵

⁷⁵ Se indica en el considerando tercero que acuerda la Junta de Gobierno en el año 1979 al dictar el Decreto Ley 2.465: *“Que, aun cuando el Consejo Nacional de Menores fue creado para cumplir esa función, la experiencia ha demostrado que el sistema existente adolece de numerosos vacíos e imperfecciones, que le han restado eficacia en algunos campos e impedido actuar en otros (...)”*

El artículo 1° de dicho Decreto establece que es el organismo encargado de contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados, a la reinserción social de adolescentes que han infringido la ley penal.⁷⁶ Su actuar por lo tanto se centra en tres grandes áreas: adopción, protección de derechos y justicia juvenil.”⁷⁷

Como se mencionó en el capítulo anterior, la Ley N° 18.703 le confirió algunas funciones como Autoridad Central, sin embargo, posteriormente, la Ley N° 19.620 en su artículo 4° determina que el SENAME junto a los organismos acreditados ante éste, tendrán como función ser parte de todos los asuntos que regula relativos a dicha Ley, en defensa de los derechos del niño, niña o adolescente, facultad que podrá ejercerse solo durante el proceso de adopción y hasta que éste se encuentre finalizado y respecto de los procesos de nulidad que puedan llevarse a cabo.

Pero para efectos de lo contemplado en el Convenio de la Haya, el Decreto N° 2.126 del Ministerio de Relaciones Exteriores cuya fecha de promulgación es el 7 de diciembre de 1999 y su entrada en vigencia es el 10 de marzo de 2000, designa expresamente al SENAME como Autoridad Central.

El SENAME deberá llevar dos registros, uno que contenga el listado de personas que pueden ser adoptadas, y otro que contenga a las personas interesadas en adoptar distinguiendo si son residentes en Chile o en el extranjero.

⁷⁶ Así el mismo artículo determina que para efecto de llevar a cabo tales funciones corresponderá especialmente al SENAME diseñar y mantener una oferta de programas especializados destinados a la atención de dichos niños, niñas y adolescentes, así como estimular, orientar, y supervisar técnica y financieramente la labor que desarrollen las instituciones públicas o privadas que tengan la calidad de colaboradores acreditados

⁷⁷ SENAME, 2013. Anuario Estadístico Institucional p. 5 [en línea] <http://www.sename.cl/wsename/otros/AE_2013.pdf> [consulta: 05 enero 2017]

Pero su labor más importante para efectos de este trabajo, descansa en lo señalado por el artículo 6° que no es otra cosa que la posibilidad de intervenir en los programas de adopción.

El artículo 7° define qué se entiende por programa de adopción y señalando que será el “*conjunto de actividades tendientes a procurar al menor una familia responsable*”, determinando además que será el SENAME y los organismos acreditados ante éste, los responsables de desarrollar toda la serie de actividades necesarias para que la adopción se lleve a cabo cumpliendo con los requisitos y parámetros exigidos en la ley, resguardando en todas las etapas del procedimiento que los derechos de los niños, niñas y adolescentes sean respetados.

Para que esta labor sea cumplida de manera cabal fue necesario dictar el reglamento de la Ley N° 19.620 que dicta normas sobre adopción de menores, Decreto N° 944 promulgado el 18 de noviembre de 1999 y cuya última modificación fue el Decreto N° 247 del 16 de marzo de 2005 ambos del Ministerio de Justicia. En los considerandos 3°,4° y 5° de este cuerpo normativo se señala:

3.- Que el nuevo cuerpo legal habilita al Servicio Nacional de Menores para desarrollar diversas funciones en carácter técnico y auxiliares a la labor que deben desempeñar los Tribunales de Justicia en esta materia, particularmente en lo relativo a la mantención de registros, desarrollo de programas de adopción, patrocinio de solicitudes de adopción e intervención judicial de carácter pericial;

4.- Que se ha previsto que dichas funciones puedan ser desarrolladas directamente por el Servicio Nacional de Menores como también por instituciones especialmente acreditadas para ello, y

5.- Que diversas normas contenidas en la Ley, referidas a las funciones antes señaladas y al proceso de acreditación de instituciones para el fin de desarrollar programas de adopción, requieren de un adecuado complemento normativo en miras a precisar aspectos puntuales de su aplicación y operatividad práctica

Es posible percatarse de la amplitud de la labor que debe cumplir este servicio, ya que es el organismo encargado de velar por los derechos de los niños, niñas y adolescentes de todo el país, coordinar acciones preventivas y de educación respecto de tales derechos, actuar en el área de justicia juvenil, además de cumplir con los roles antes descritos en materia de adopción.

El SENAME puede contar con organismos acreditados ante él para cumplir con las labores para las cuales fue creado, debiendo cumplir con el papel de supervisor tanto técnico como financiero.

En materia de adopción existen 4 organismos nacionales acreditados (OCAS)⁷⁸ que deben cumplir las normas e instrucciones que le imparta el Servicio y

⁷⁸ SENAME. Organismos nacionales acreditados [en línea] <<http://www.sename.cl/web/organismos-nacionales-acreditados/>> [consulta 20 noviembre 2016]

deben además proporcionar toda la información que sea requerida y permitir ser supervisado por él.⁷⁹

La obtención de la acreditación está regulada en Chile por la Ley N° 19 620 y por su respectivo reglamento, en donde se señala que será el Director de SENAME quien tendrá la facultad de conceder o denegar la acreditación mediante resolución fundada.

Los organismos nacionales que deseen ser acreditados deberán ser corporaciones o fundaciones que tengan como fin la asistencia o protección de menores, que demuestren competencia técnica y profesional para llevar a cabo programas de adopción y que estén dirigidas por personas idóneas. Para acreditar el cumplimiento de estos requisitos el reglamento de la Ley N° 19.620 señala en su artículo 16 los documentos que se deben presentar junto con la solicitud de acreditación.

Los organismos nacionales actualmente acreditados en Chile son: Fundación Chilena de la Adopción (FADOP), Fundación San José para la Adopción, Fundación Mi Casa y el Instituto Chileno de Colonias y Campamentos.

En conformidad con el Convenio de la Haya, para que un organismo acreditado por un Estado contratante pueda actuar en otro Estado contratante será necesario contar con la autorización de ambos Estados.⁸⁰

⁷⁹ Artículo 15 del Decreto Ley 2465.

⁸⁰ Artículo 12. Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

El reglamento de la Ley N° 19.620 en su artículo 23 señala que será necesaria la acreditación de estos organismos en Chile, sometiéndolos a un proceso equivalente al que deben cumplir los organismos nacionales, debiendo ser por lo tanto un organismo sin fines de lucro, en las condiciones y dentro de los límites fijados por las autoridades competentes del Estado que lo haya reconocido o acreditado, que sean dirigidos y administrados por personas cualificadas por su formación o experiencia para actuar en el ámbito de la adopción internacional, que estén sometidos al control de las autoridades competentes de dicho Estado en cuanto a su composición, funcionamiento y situación financiera.

Luego en el artículo 24 del reglamento señala una serie de documentos que debe presentar el organismo al solicitar la acreditación en Chile. En general dichos documentos son certificaciones emitidas por la Autoridad Central de su país, en que conste su reconocimiento para operar en Chile, en materia de adopción internacional, en el que se indiquen los criterios y requisitos considerados por esa autoridad para acreditarlos en conformidad a lo dispuesto en el artículo, certificado expedido por el cónsul chileno que indique la veracidad de dichos documentos. Igualmente se requieren antecedentes que acrediten su formalización jurídica, estatutos o normas que los regulen, su composición, objetivos y domicilio del organismo en Chile, y el proyecto de funcionamiento que incluya procedimiento de evaluación, selección y preparación de matrimonios postulantes a adopción y criterios técnicos empleados al respecto.⁸¹

⁸¹ Respecto del procedimiento el artículo señalado exige: (...)”Pautas para el seguimiento de la familia en su país de residencia, una vez que el menor ha sido adoptado por ésta, compromiso de efectuar dicho seguimiento y los criterios previstos para la asesoría y apoyo al adoptado que desee conocer antecedentes de su familia de origen.

Como hemos visto, la función de la Autoridad Central es esencial en casi todos los aspectos de los procedimientos de adopción en general. Hoy en día a pesar de las problemáticas que enfrenta SENAME como institución, lo cual ha captado la atención a nivel nacional,⁸² el área de Adopción Internacional se desarrolla como un departamento especializado que en conjunto con las instituciones autorizadas ha llevado los procesos en un nivel de acorde a lo establecido en las convenciones y tratados. Por tanto, en análisis de la problemática actual, podemos rescatar la importancia de entender que una idea que acompaña a los procesos de adopción, es que es preferible que aquellos niños, niñas o adolescentes que se encuentran en condiciones de ser adoptados, crezcan en el seno de una familia idónea en vez de permanecer en instituciones.

En atención a lo anterior y considerando que los organismos involucrados actúan dentro de lo que la ley les permite o determina, son también los legisladores quienes deben desarrollar modificaciones para mejorar el sistema de adopción y de adopción internacional para efectos de otorgar más oportunidades a aquellos menores de edad en necesidad de una familia, lo que veremos en capítulos siguientes.

Para los efectos de cumplir con las exigencias relativas al contenido del proyecto de funcionamiento, los organismos extranjeros acreditados deberán ceñirse estrictamente a las formalidades que el Servicio Nacional de Menores indique para estos fines.”

⁸² Existe actualmente en el Congreso una Comisión Especial Investigadora de la situación de niños, niñas y adolescentes y de aquellos carentes de cuidado parental en Chile, con el propósito de indagar y conocer los avances y obstáculos que, desde la aprobación del informe de la Comisión Especial Investigadora del funcionamiento del SENAME en el año 2014. Información sobre la CEI véase: CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, Comisión Investigadora [en línea] <https://www.camara.cl/trabajamos/comision_portada.aspx?prmID=1201> [consulta: 20 enero 2017]

3.6.- Proyectos de Ley sobre Adopción en Chile

Desde la entrada en vigencia de la Ley 19.620, se han ingresado más de 32 proyectos de Ley de los cuales 9 fueron finalmente promulgados y publicados, 5 se encuentran archivados por no existir tramitación en más de dos años, y de los 18 que se encuentran en estado de tramitación habiendo algunos sido ingresados hace más de diez años⁸³.

Las modificaciones planteadas en los proyectos abordan temas tales relacionados con procesos previos a la adopción, prioridad a los adoptantes, causales para determinar susceptibilidad de adopción, adopción por parejas en convivencia, permiso para adopción a madres solteras extranjeras en Chile, e incluso el más reciente pretende prohibir constitucionalmente la adopción homoparental.⁸⁴

Sin embargo, y para efectos de este trabajo, el único proyecto que se encuentra actualmente en tramitación y se relaciona con la adopción internacional, es el proyecto de Reforma Integral al Sistema de Adopción en Chile. Ingresó por iniciativa del Presidente de la República, en octubre de 2013, manteniendo en general los principios los mismos principios de la Ley 19.620. El proyecto en busca agilizar los procesos para que se lleve a cabo la adopción y crear o complementar la regulación de muchas situaciones no previstas en la Ley actual, como es el caso de

⁸³ CAMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. Proyectos de ley. [en línea] <<https://www.camara.cl/>> [consulta: 28 enero 2010]

⁸⁴ Los últimos dos proyectos ingresados son con fecha 16 de marzo de 2016, Boletín Número 10578-18 que modifica la ley N°19.620, que Dicta Normas sobre Adopción de Menores, en el sentido de regular el procedimiento de designación de familias de acompañamiento y acogida temporal para madres embarazadas en situación de vulnerabilidad y el Boletín Número 10764-07, de fecha 16 de junio de 2016 que modifica la Carta Fundamental para establecer que el matrimonio solo puede celebrarse entre un hombre y una mujer, y prohibir la adopción homoparental

la adopción por parte de parejas residentes en Chile respecto de niños, niñas o adolescentes residentes en el extranjero.⁸⁵

Dentro de las reformas que trae consigo dicho proyecto, se encuentra la regulación de la adopción por parte de familias residentes en Chile respecto de niños, niñas y adolescentes residentes en el extranjero, en cuanto a las solicitudes de adopción, los efectos de la adopción, nacionalidad, lo que constituiría un avance considerable, dado que dicha regulación se encuentra ausente en la legislación actual.⁸⁶

Cabe mencionar que durante la tramitación se han introducido diversas indicaciones sin alterar mayormente el objetivo del proyecto original. La última indicación fue presentada en 2015, por lo que la tramitación de este proyecto se encuentra paralizada hace más de un año, sin considerar la urgencia de las modificaciones.

En consecuencia, para generar una visión más en concordancia con la práctica y otorgar al lector una idea general del sistema de adopción internacional en nuestro país, analizaremos brevemente las estadísticas respectivas a la adopción, comprendiendo igualmente el por qué es posible mejorar dicho sistema adoptando medidas, entre otras, como la modificación de cuerpos normativos relativos a la materia.

⁸⁵ Así es como en el mensaje se establece que “Se complementa la regulación de la adopción internacional integrando las obligaciones que el Estado de Chile asumió, al ratificar la Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional.”

⁸⁶ Así el proyecto actual regula en el Párrafo 3° la Adopción de niñas, niños o adolescentes residentes en el extranjero por personas residentes en Chile.

3.4.- Estadísticas relativas a Adopción Internacional.

Es fundamental analizar brevemente las estadísticas en cuanto a dichos enlaces entre Chile y otros países para efectos de comprender el rol que juega la adopción internacional en Chile – siempre y cuando se encuentre adecuadamente regulada- como una oportunidad para niños, niñas y adolescentes, de tener una familia.⁸⁷

En este sentido, con anterioridad a la dictación de la Ley N° 19.620, como vimos al momento de repasar la historia de la legislación sobre adopción, y como plantea la abogada Carolina Von Schakmann,⁸⁸ la falta de regulación en materia de adopción internacional, permitió que se abusara de dicha institución sin un mayor control de aquellos enlaces que significaban la salida de niñas y niños chilenos al extranjero para ser adoptados.⁸⁹

Una vez que se regulan varios aspectos de los procesos de adopción y de salida de niños, niñas y adolescentes, se produce un impacto evidente para dar lugar a nueva etapa en el sistema de adopción internacional que ha llevado a mantener un cierto porcentaje de adopciones internacionales respecto del total. Lo anterior también evidencia el principio de subsidiaridad.

Con respecto al número de adopciones internacionales en que residentes en el extranjero han adoptado niños, niñas o adolescentes chilenos, supera las 1500

⁸⁷ La información en general fue obtenida a través de los informes anuales que entrega el SENAME a través de su página web y aquella que fue entregada por la misma oficina.

⁸⁸ VON SCHAKMANN, C., 2015. La Adopción Internacional en Chile. Revista Chilena de Derecho Internacional Privado (I): 37-51

⁸⁹ Para análisis de las estadísticas relativas a los años previos a la dictación de la Ley N° 19.620 revisar Anexo N° 3.

desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.620 lo que podemos ver en la Tabla N°1 a continuación. En cuanto a aquellos enlaces en que familias chilenas han adoptado niños, niñas o adolescentes residentes en el extranjero no existe registro.

Tabla N°1.- Adopciones Internacionales 2000-2016

| Año | N° de Adop. Inter. |
|--------------|---------------------------|
| 2000 | 42 |
| 2001 | 87 |
| 2002 | 69 |
| 2003 | 90 |
| 2004 | 101 |
| 2005 | 106 |
| 2006 | 85 |
| 2007 | 87 |
| 2008 | 51 |
| 2009 | 71 |
| 2010 | 84 |
| 2011 | 122 |
| 2012 | 118 |
| 2013 | 109 |
| 2014 | 121 |
| 2015 | 102 |
| 2016 | 75 |
| Total | 1520 |

Fuente: Anuarios Estadísticos SENAME y solicitud por transparencia.

Para efectos de centrar el análisis, tomaremos como referencia los datos relativos a los últimos 7 años, particularmente en el ámbito de las adopciones internacionales en comparación con el número de adopciones en general.

Tabla N° 2.- Adopciones Nacionales e Internacionales 2010-2016.

| Año | Total de Adopciones | Adopciones Nacionales | Adopciones Internacionales |
|--------------|----------------------------|------------------------------|-----------------------------------|
| 2010 | 503 | 419 | 84 |
| 2011 | 660 | 538 | 122 |
| 2012 | 605 | 487 | 118 |
| 2013 | 596 | 487 | 109 |
| 2014 | 590 | 469 | 121 |
| 2015 | 510 | 408 | 102 |
| 2016* | 471 | 396 | 75 |

Fuente: Anuarios estadísticos SENAME.

* Información entregada por SENAME no disponible aún en línea.

A partir de la Tabla 3, podemos notar que el porcentaje de adopciones internacionales durante los años estudiados fluctúa entre un 15,9% y un 20,5% esto implica que el porcentaje de adopciones internacionales se ha mantenido relativamente estable desde la dictación de la Ley.

Tabla N°3.- Porcentaje de adopciones internacionales por año 2010-2016.

| Año | Porcentaje* |
|------------|--------------------|
| 2010 | 16,6% |
| 2011 | 18,5 % |
| 2012 | 19,5 % |
| 2013 | 18,3 % |
| 2014 | 20,5 % |
| 2015 | 20,0 % |
| 2016 | 15,9 % |

* $(N^{\circ} \text{ de Adopciones Internacionales} * 100) / N^{\circ} \text{ Adopciones Totales}$

Dicho porcentaje indica - como mencionábamos anteriormente- el resguardo del principio según el cual la adopción internacional deberá constituirse subsidiariamente respecto de la nacional.

Se vuelve interesante analizar el número de enlaces que se producen entre Chile y otros países de donde provienen los adoptantes, la Tabla N° 4 indica dichos datos considerando los años que estamos analizando.

Tabla N° 4.- Número de adopciones por país 2010-2016.

| Adopciones por año | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016* | Total |
|---------------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|--------------|--------------|
| País | | | | | | | | |
| Italia | 60 | 85 | 81 | 77 | 81 | 75 | 55 | 514 |
| Noruega | 13 | 21 | 13 | 18 | 18 | 8 | 2 | 93 |
| Francia | 4 | 8 | 19 | 4 | 12 | 8 | 12 | 67 |
| Australia | 2 | 0 | 0 | 2 | 4 | 5 | 0 | 13 |
| N. Zelanda | 2 | 1 | 1 | 0 | 0 | 2 | 0 | 6 |
| España | 1 | 4 | 3 | 2 | 1 | 0 | 0 | 11 |
| Alemania | 1 | 1 | 1 | 0 | 0 | 0 | 4 | 7 |
| EE.UU. | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 |
| Suecia | 0 | 0 | 0 | 2 | 0 | 0 | 1 | 3 |
| Bélgica | 0 | 2 | 0 | 0 | 0 | 4 | 1 | 7 |
| Otros | 0 | 0 | 0 | 4 | 5 | 0 | 0 | 9 |
| Total General | 84 | 122 | 118 | 109 | 121 | 102 | 75 | 731 |

Fuente: Anuarios estadísticos SENAME.

* Información entregada por SENAME no disponible aún en línea.

Podemos ver entonces que todos los países son signatarios del Convenio de la Haya, y la mayoría cuenta con organismos acreditados en Chile, a excepción de Estados Unidos y Suecia.⁹⁰

El número total de adopciones internacionales producidas los últimos 7 años es de 731, una cifra que en ningún sentido es marginal constituyéndose esta institución como una oportunidad para brindar un hogar a un considerable grupo de niños, niñas y adolescentes que no han podido crecer en su familia de origen. Sin embargo, cuando enlazamos dichas cifras con lo práctico, el hecho de que exista un porcentaje de niños, niñas y adolescentes sin ser adoptados por una familia idónea, significa ciertamente un resultado indeseado.⁹¹

Ante esto, como sabemos, si bien el principal objetivo es fomentar la adopción nacional, es preciso buscar, habilitar y facilitar la mayor cantidad de oportunidades, dentro de los estándares de cuidado y protección velando por los derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados.

En las próximas páginas continuaremos el análisis relativo a la materia para entregar propuestas que permitan disminuir porcentajes de niños, niñas y adolescentes que no son adoptados, a través de medidas vinculadas con la adopción internacional.

⁹⁰ Para más información sobre organismos acreditados en SENAME, Organismos Extranjeros Acreditados [en línea] http://www.sename.cl/wsename/otros/Organismos_Extranjeros_Acreditados_2014.pdf [consulta: 29 diciembre 2016]

⁹¹ BERRÍOS, M. y SORIAGALVARRO, D. 2016, SENAME reconoce fracaso en política de adopción de menores vulnerados [en línea] El Mostrador. 12 de agosto 2016. <<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/08/12/sename-reconoce-fracaso-en-politica-de-adopcion-de-menores-vulnerados/>> [consulta: 2 enero 2017]

CAPÍTULO 4

NECESIDAD DE MODIFICACIONES AL SISTEMA ACTUAL DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN CHILE.

Indudablemente y como se ha podido apreciar a través de este trabajo y la visión de variados autores, la Ley 19.620 significó y ha significado un gran progreso en cuanto a la regulación de la adopción no solo nacional sino que también internacional, recogiendo los principios y normas consagrados en el Derecho Internacional que apuntan principalmente a la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes.

No obstante, el sistema requiere de modificaciones para poder perfeccionarse, y principalmente, facilitar los procesos, protección y por sobre todo, generar más oportunidades para niños, niñas y adolescentes de ser integrados en una nueva familia.

Para una mejor comprensión, el análisis se dividirá en las dos dimensiones de la adopción internacional; por un lado, la adopción de niños, niñas y adolescentes chilenos por parte de adoptantes no residentes en Chile y la adopción de niños, niñas y adolescentes residentes en el extranjero, por parte de adoptantes chilenos.

4.1.- Adopción de niños, niñas y adolescentes chilenos por parte de adoptantes no residentes en Chile.

4.1.1.- Estado Civil de los Adoptantes

Sin duda el sistema actual regula de manera más acabada esta materia en comparación con las leyes y experiencias anteriores. No obstante, se requiere una modificación urgente en cuanto a los requisitos que deben cumplir aquellos residentes en el extranjero para poder adoptar niños, niñas y adolescentes chilenos.

Como vimos anteriormente, expresamente la ley solo permite que matrimonios residentes en el extranjero puedan adoptar, excluyendo a parejas no casadas y a personas solteras o viudas que pueden ser perfectamente idóneas para adoptar. Dicha imposición carece de sustento jurídico constituyéndose como una discriminación arbitraria pues no existe prueba científica alguna que demuestre algún problema respecto de la adopción por personas individuales.⁹² Al contrario, tal restricción solamente disminuye injustificadamente la posibilidad de más enlaces.

Es más, la normativa sobre adopción nacional permite la adopción monoparental, aunque posicionándola en prácticamente último lugar en la prelación entre postulantes,⁹³ lo que se demuestra en la práctica, pero existe de todas maneras la posibilidad de postular como adoptantes.

En este sentido, a modo de ejemplo hemos decidido analizar brevemente el estado civil de quienes fueron declarados idóneos para adoptar. La Tabla N° 5

⁹² Anexo 2: Entrevista a Profesora Elizabeth Bartholet.

⁹³ Artículo 21, Ley N° 19.620.

muestra el número de personas solteras o viudas por año a nivel nacional que fueron declaradas idóneas para adoptar en el periodo 2010-2015.⁹⁴

Sólo existen estas cifras respecto de adopciones nacionales, dado que esta distinción no existe a nivel de postulantes residentes en el extranjero.

Tabla N°5.- Número de personas por año declaradas solteras y/o viudas declaradas idóneas para adoptar a nivel nacional.

| Año | Número de personas solteras y/o viudas declaradas idóneas* para adoptar | Total de personas y matrimonios nacionales declaradas idóneas Para adoptar |
|--------------|--|---|
| 2010 | 10 | 403 |
| 2011 | 14 | 474 |
| 2012 | 19 | 570 |
| 2013 | 8 | 557 |
| 2014 | 14 | 493 |
| 2015 | 16 | 459 |
| Total | 81 | 2956 |

Fuente: Anuarios Estadísticos SENAME

Si bien el número se mantiene bajo en comparación con el total de declaraciones de idoneidad, no es una cifra despreciable y su aumento constituiría también un aumento de posibilidades para niños, niñas y adolescentes

Si internamente se han declarado idóneas familias monoparentales, no existe un argumento de peso para no permitir la adopción monoparental a nivel internacional.

Por tanto, para dar solución a esto, se precisa de una modificación sustantiva a los requisitos que establece la Ley N° 19.620 eliminando la exclusión de personas

⁹⁴ La información respecto del año 2016 no se encuentra aún disponible.

individuales residentes en el extranjero. Afortunadamente, dicha pretensión ya se consideró en el último mensaje del ejecutivo al proyecto de ley que pretende reformar integralmente el sistema de adopción el cual mencionamos en páginas previas. A través de la indicación presentada, se sustituye los artículos 31 al 68 del proyecto original, y el artículo 54 de la indicación establece la apertura de los requisitos, permitiendo por tanto, que personas individuales residentes en el extranjero tengan la posibilidad de ser autorizados para la adopción.⁹⁵ Así el artículo en cuestión dice establece que;

“Sólo podrá otorgarse la adopción de que trata este párrafo a las personas no residentes en Chile, sean nacionales o extranjeras, que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 37 de la presente ley.

Para el caso de la declaración de idoneidad, ésta deberá ser efectuada tanto por la autoridad competente del Estado de recepción, como por el Servicio u organismo acreditado nacional.”

Los requisitos establecidos por el mencionado artículo 37 refieren a que los postulantes deberán ser mayores de 25 años de edad y menores de 60, tener una diferencia mínima de 20 años de edad con el adoptado, haber sido declarados idóneos para la adopción, y en caso de ser cónyuges, tener un mínimo de 2 años de

⁹⁵ Mensaje N° 720-363, Formula indicaciones al Proyecto de Ley de Reforma Integral al sistema de adopción en Chile (Boletín N° 9.119-18). Santiago, 31 de julio de 2015.

matrimonio y actuar siempre de consuno en las gestiones que requieran de expresión de voluntad de los adoptantes.⁹⁶

4.1.3.- Compromisos relativos al derecho a la identidad cultural.

Como ya hemos señalado, una de las mayores críticas y argumento de los opositores a la institución de la adopción internacional es precisamente que trasgrede el derecho a la identidad cultural de los niños, niñas o adolescentes que son adoptados, toda vez que son alejados de sus orígenes, cultura, idioma, tradiciones, y todo aquello vinculado a su lugar de nacimiento o procedencia.

Pareciera por lo tanto que se genera un conflicto entre el derecho a la identidad cultural y el derecho que tienen los niños, niñas o adolescentes a crecer y desarrollarse dentro de una familia, sin embargo, la adopción internacional no necesariamente significa que se elegirá un derecho por sobre y excluyendo al otro.

Es así que para resguardar el derecho a la identidad cultural de los menores de edad adoptados, ya se establecen en el procedimiento algunas medidas tales como el manejo de un nivel mínimo de español de al menos uno de los cónyuges. En adición, podría nuestro sistema establecer un compromiso que involucre por supuesto el proceso post adopción, en resguardo de las cultura de origen del menor adoptado.

⁹⁶ En los incisos finales se presenta la facultad del juez de poder eximir de los requisitos de edad de los adoptantes y de diferencia de edad con el adoptado, cuando el interés superior de la niña, niño o adolescente lo requiera. Así también se excluye expresamente a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales contenidos en los artículos 361 al 375 del Código Penal o por las lesiones tipificadas en los artículos 395 a 398 del mismo cuerpo legal, cuando la víctima hubiese sido una niña, niño o adolescente.

Dicho compromiso supervisado por las autoridades centrales correspondientes, podrían incluir que los niños, niñas o adolescentes adoptados aprendieran su idioma de origen, y fueran enseñados por su nueva familia respecto de su cultura y tradiciones de origen.

Autores han planteado en otras doctrinas la importancia de regular los derechos de los adoptados de conocer sus orígenes y el respeto a su derecho de identidad cultural entre otros, de manera tal que no signifique la exclusión de la adopción internacional.⁹⁷

Esta idea requiere un rol más activo de las autoridades centrales, lo que plantearíamos en las siguientes páginas.

4.1.3.- Orden de prelación de adoptantes.

Siguiendo la misma línea, parece interesante la iniciativa en el proyecto original que intentó incluir dentro del orden de prelación en el primer lugar junto con matrimonios residentes en Chile, a los matrimonios que no residen permanentemente en Chile, siempre que ambos o uno de ellos tenga la nacionalidad Chilena.⁹⁸

Esto fue posteriormente eliminado del proyecto, sin embargo, la inclusión de una medida de este tipo podría estar completamente en conformidad tanto con el principio de subsidiaridad como aquel relativo al derecho a la identidad y el intento de

⁹⁷ MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. 2006. El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado. [en línea] <<https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/derechoAdoptadoConocer2006.pdf>> [consulta: 15 diciembre 2016]

⁹⁸ Así el artículo 31 del proyecto original plantea el Orden de prelación: "Los postulantes a adopción serán seleccionados conforme al siguiente orden de prelación: Matrimonios entre cónyuges con residencia permanente en Chile o matrimonios entre cónyuges que no residen permanentemente en Chile, siempre que ambos o uno de ellos tenga la nacionalidad chilena". Además, pretendía establecer que dicho orden de prelación podría ser alterado siempre y cuando sea en función del interés superior del niño o por motivos calificados.

evitar el desarraigo del niño, niña o adolescente. En este sentido, si consideramos matrimonios residentes en el extranjero que mantengan vínculos permanentes con Chile, como visitas periódicas al país o parientes, o con intención de volver a Chile, esto se traduciría en que el desarraigo no sería permanente.⁹⁹ Lo anterior cabe dentro de las facultades de las instituciones para determinar la idoneidad de los adoptantes, y ciertamente una medida que signifique incrementar las posibilidades de tener una familiar para niños, niñas y adolescentes, debe ser considerada en todos sentido.

4.1.4.- Rol más activo de las Autoridades Centrales.

Las autoridades centrales indudablemente cumplen un papel esencial en los procesos de adopción internacional particularmente en el proceso de postulación actuando como patrocinador o representante de quienes desean adoptar en el extranjero, y llevando a cabo los procesos de determinación de idoneidad, preparación de los niños, niñas y adolescentes y de la preparación también de los adoptantes.

No obstante, existen variados ámbitos que puede mejorar nuestra Autoridad Central en coordinación también con otras. Por ejemplo, un papel más activo incentivando tanto la adopción nacional como la internacional, generando más acuerdos bilaterales con países con los cuales Chile ya mantiene una relación activa en materia de adopción.¹⁰⁰

⁹⁹ Anexo 1: Entrevista a Carolina Von Schackmann.

¹⁰⁰ Así plantea el rol de las autoridades centrales en el caso de Italia la abogada Melita Cavallo. “Entre las competencias atribuidas a la Comisión, el punto que estipula los acuerdos bilaterales con países de proveniencia

Desde este punto de vista, para efectos de facilitar y agilizar los procesos, en conformidad con la facultad que ha sido otorgada a dichas entidades sobre todo en el Capítulo IV del Convenio de la Haya, debiera generarse un fortalecimiento de dichas atribuciones, y ampliación al reconocimiento de otras instituciones de países signatarios del Convenio de la Haya que aún no mantiene mayor relación con Chile.

Esto contribuye a una mejor coordinación para resguardar los derechos de los menores de edad durante todo el proceso previo, durante y posterior a la adopción en sí misma.

Pues como planteábamos en los puntos anteriores, desde el momento en que se elimina en la legislación interna la restricción a la adopción monoparental como planteábamos en los puntos anteriores, debe enfatizarse en la necesidad de coordinación entre autoridades centrales e instituciones involucradas en los procesos de determinación de idoneidad para ser adoptantes.¹⁰¹

Un ejemplo interesante ocurre en el caso de los requisitos para adoptar en Perú, pues se exige un “Compromiso de seguimiento post-adoptivo expedido por la

de los niños, representa seguramente la más delicada y compleja de las tareas, al mismo tiempo, la más constructiva y fundamental en cuanto a relaciones internacionales, porque son ellos los que vencen fronteras y, permiten entre las partes contrayentes, un regular flujo de información, una conexión entre las leyes, la armonización de las prácticas operativas y, aumenta así, el nivel de garantías y la transparencia de los procesos efectuados en territorio extranjero.” CAVALLO, M. Adopciones Internacionales en Italia, Rol y Funciones de la Autoridad Central Italiana y de las Entidades en materia de adopción. [en línea] Seminario “Construyendo Familias más allá de las Fronteras”, entre el 21 y 23 de noviembre, en Santiago de Chile <http://www.sename.cl/wsename/otros/senales_09/senales_09_EXPERIENCIAS_2.pdf> [consulta: 15 enero 2017]

¹⁰¹ Anexo 1: Entrevista a Carolina Von Schackmann.

autoridad central del país de residencia de los adoptantes consistente en la remisión de informes semestrales del niño adoptado por un período de 4 años.”¹⁰²

En consecuencia, el rol de los de la Autoridad Central debiera enmarcar todo lo relativo a la adopción internacional, desde promoverla para aquellos casos en que no sea posible que los menores de edad se desarrollen en su familia, durante los procesos de postulación y coordinación con otras autoridades centrales, igualmente para los procesos post adoptivos.

4.2.- Adopción de menores residentes en otro país por parte de adoptantes residentes en Chile.

La falta de regulación y registro respecto de esta dimensión de la adopción internacional en Chile, dificulta el generar un diagnóstico exacto, dando cuenta inmediatamente de problemáticas y modificaciones necesarias en esta materia.

4.2.1.- Regulación en la legislación.

Nuestra legislación carece de normas que regulen la adopción internacional cuando involucra niños, niñas o adolescentes residentes en el extranjero por parte de personas residentes en Chile, pues como vimos en la Ley N° 19.620 solo se regula la adopción de niños, niñas o adolescentes chilenos por parte de residentes en el extranjero.

¹⁰² MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. Adopción Internacional. [en línea] <<http://www.mimp.gob.pe/homemimp/direcciones/dga/adopcion-internacional-dga.php>> [consulta: 10 enero 2017]

La ausencia de dicha regulación no constituye mayor problema respecto de países signatarios del Convenio de la Haya ya que como vimos en su artículo 23 establece el reconocimiento de sentencias de adopción dictadas en otro Estado contratante por el sólo ministerio de la ley con la única posibilidad de rechazo fundamentada en la contravención de orden público interno. Sin embargo, es respecto de países no signatarios en donde se produce, y de hecho se han producidos conflictos, considerando que la legislación actual ni siquiera exige determinantemente para el caso de familias residentes en el extranjero que adopten en Chile el que dicho país haya firmado el Convenio de la Haya.¹⁰³

Un ejemplo claro se relaciona con la delicada situación que ha vivido Haití los últimos años y que ha generado adopciones de niños de esa nacionalidad por parte de familias chilenas. Este fenómeno ha traído consigo una serie de dificultades dada la ausencia de regulación en esta materia y la no ratificación del Convenio de la Haya por parte de Haití, los que muchas veces han significado una vulneración de derechos respecto de niños, niñas y adolescentes haitianos que han viajado a Chile en esta situación.¹⁰⁴

El problema se ha producido cuando una familia chilena ha adoptado con todas las formalidades y según la legislación interna de Haití a un menor de esa nacionalidad viajando a Chile con él y con la sentencia que declara la adopción en ese Estado. Al solicitar el reconocimiento de esa sentencia en nuestro país se

¹⁰³ A pesar de que trató de regularse durante la tramitación de la Ley N° 19.620, el Senado eliminó dicha exigencia considerando que ésta significaba una discriminación respecto de aquellos países que no lo habían firmado. Véase: VON SCHAKMANN, C., 2015. La Adopción Internacional en Chile. Revista Chilena de Derecho Internacional Privado. p. 42

¹⁰⁴ SOLARI, C. 2011 Adopciones de niños haitianos. Una sentencia Pendiente [en línea] <<http://www.mags.cl/wp-content/uploads/2012/09/Nominado-Paula-Adopciones-de-ni%C3%B1os-haitianos.pdf>> [consulta: 13 enero 2017]

encuentran con posturas contradictorias que muchas veces han significado la internación del menor en centros de protección de menores del SENAME.

La declaración de la Fiscal Judicial subrogante en el trámite de Exequatur Rol N° 2843-2014 ante la Corte Suprema en el considerando 4° refleja una de las posturas antes expuestas, la señora fiscal judicial señala al entregar su opinión de no conceder el exequatur los siguiente “(...) la institución de la adopción atendida la manera en que está concebida en la legislación haitiana contraviene las normas sobre la materia contenidas en la Ley N° 19.620, dado que si bien no distingue entre adopción simple y adopción plena, por sus características es simple, razón por la que la sentencia de que se trata contraviene la legislación sustantiva nacional y, por lo mismo, no cumple con el primero de los requisitos establecidos en el artículo 245 del Código de procedimiento Civil, que exige que la sentencia que se pretende cumplir no contenga nada contrario a las leyes de la república, ya que sólo concedió la adopción simple de la niña Sephora Yvna, y la normativa interna sólo reconoce la plena.”

La solución a estos casos la ha encontrado la Corte Suprema en el principio del Interés superior del niño y en el artículo 423 del Código Bustamante¹⁰⁵ señalando que en virtud de ese interés y teniendo en cuenta que ambos países son signatarios y aclarando que la institución de la adopción en la legislación Haitiana produce los

¹⁰⁵ Código de Derecho Internacional privado ratificado por Chile por medio del Decreto N° 374 del 25 de abril de 1934, pero presentando una reserva según la que serán aplicables las normas de este Código en lo que no contravenga la legislación interna por lo que para su aplicación será necesario hacer primero un análisis que determine si lo señalado en sus normas es contrario o no al ordenamiento jurídico chileno que ha significado, a través del tiempo, que este Código no sea muy utilizado.

mismos efectos que la adopción en nuestro país dio curso al exequatur dando lugar al reconocimiento de la sentencia de adopción otorgada a padres chilenos en Haití.

El ejemplo antes descrito es reflejo de una de las situaciones que se han producido en este tipo de adopciones, y que ha logrado solucionarse favorablemente, sin embargo, se pueden generar situaciones aún más complejas en aquellos casos que adoptantes chilenos quieran adoptar a menores provenientes de Estados que no tengan regulada la adopción internacional.

En lo que respecta al proyecto de ley que pretende reformar integralmente el sistema de adopción en Chile, se busca regular esta dimensión de la adopción internacional en el Párrafo 3°, así plantea el Artículo 59:

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

Si la solicitud se realiza ante un organismo acreditado nacional, la propuesta de asignación que este haga, de la niña, niño o adolescente residente en el extranjero, deberá ser previamente autorizada por la autoridad central chilena.”

La redacción de dicho artículo debiera en el futuro otorgar la seguridad jurídica de que no existirán mayores complicaciones al momento de ingresar al menor de edad que ha sido adoptado en el extranjero.

No obstante, debe regularse de alguna manera aquellos procesos que han comenzado previo a la ley, y la reacción a procesos de adopción en países con los que no ha existido Convenio como es el caso de Haití. Para esto sería necesario además de la regulación en la Ley, autoacordados que determinaran la actuación de la Corte al momento de autorizar las adopciones, otorgando quizás un papel más activo a SENAME para la elaboración de informes en dichos casos.

En este punto es importante considerar que el Convenio de la Haya no puede constituir en sí mismo un obstáculo que trasgreda los derechos de niños, niñas y adolescentes involucrados,¹⁰⁶ pues ese no ha sido ni será el objetivo de dicho cuerpo normativo, por lo que deben establecerse reglas en casos excepcionales.

4.2.2.- Creación de Registros.

Como mencionamos previamente, no existen claros registros de aquellos niños, niñas o adolescentes residentes en el extranjero que han sido adoptados por personas residentes en Chile, lo cual constituye un vacío en nuestra legislación y en el actuar de instituciones relacionadas con la materia.

¹⁰⁶ BARTHOLET, E. 2015. The Hague Convention: Pros, Cons, and Potential. En: BALLARD R., GOODNO N., COCHRAN R., y Milbrandt J., (Eds) The intercountry adoption debate: dialogues across disciplines. Reino Unido. Cambridge Scholars Publishing. pp. 234-244

Por tanto, debiera a través de las leyes de adopción, reglamentos y/o leyes que regulan a la Autoridad Central en sí misma establecer primeramente que dichos registros existan, y que deban ser incluidos en los informes anuales que entrega SENAME.

Lo anterior no ha sido considerado ni el proyecto original de reforma integral al sistema de adopción, ni tampoco en las indicaciones posteriores. Como constituye más bien una labor administrativa, podría simplemente integrarse a la normativa interna de SENAME. Pero no debe en ningún sentido, continuar la situación de no existir un registro claro y control sobre este tipo de enlaces.

4.2.3.- Compromisos y rol activo de la Autoridad Central.

Como mencionábamos anteriormente para el caso de la adopción de niños, niñas y adolescentes por parte de familias residentes en el extranjero, en este caso, aquellas familias residentes en Chile que postulen para adoptar en otros países, debieran igualmente comprometerse para efectos de preservar la identidad cultural de los menores de edad que adopten.

En este sentido, se vuelve necesaria la participación y coordinación de autoridades centrales e instituciones acreditadas en ambos países, durante los procesos tanto de postulación como posteriores a la adopción en sí misma.

CONCLUSIONES

Hemos analizado desde los conceptos, historia, desarrollo de la adopción como institución y de los procesos que la han llevado a involucrar más de un Estado, para así convertirse en un fenómeno internacional que requiere de una mayor atención a fin de evitar irregularidades y desarrollarse sobre la base del interés superior del niño, niña o adolescente en cuestión.

Con el paso de los años se ha pulido todo aquello que se entiende como principios que rigen dicha institución, que nace en virtud de una necesidad y que constituye al mismo tiempo una premisa fundamental, vale decir, el derecho inherente al ser humano de crecer y desarrollarse dentro del seno de una familia, y que por variadas circunstancias no siempre es posible en la familia de origen.

El derecho y los sistemas jurídicos en general han reaccionado a dicha situación, tratando incluso en un esfuerzo internacional, de que se cumplan estándares necesarios para evitar irregularidades, abusos o derechamente violaciones a los derechos humanos de los niños, niñas o adolescentes. Dichos principios han puesto al Estado como principal responsable por sí mismo y a través de variadas instituciones para velar por el completo cumplimiento de dichos estándares.

Indudablemente y siguiendo la misma línea, como vimos uno de los principios reguladores es precisamente la subsidiaridad de la adopción internacional, apuntando a la visión negativa en cuanto los riesgos, peligros relativos a la falta de

protección, regulación, entre otros,¹⁰⁷ los que no hemos abordado en profundidad, dado que el tema podría dar para un estudio fuera de la esfera de lo que se ha querido plantear en este trabajo.

Sin embargo, muchas veces ocurre lo que plantea la profesora Elizabeth Bartholet, señalando que “No existen leyes o políticas que se enfoquen en lo devastador que es para los niños, niñas o adolescentes, el permanecer en instituciones o en las calles en vez de ser adoptados.”¹⁰⁸

La premisa fundamental siempre será el derecho de todo niño, niña o adolescente a crecer y desarrollarse en una familia. En circunstancias que no pueda ser la de origen podrá ser una familia adoptiva. Por tanto, cuando existan personas que desean adoptar y sean declaradas idóneas para ser adoptantes, siempre será preferible la adopción por sobre el crecimiento y desarrollo de los menores de edad en una institución.

Lo anterior se basa en variadas razones; una vez cumplida la mayoría de edad deben dejar las instituciones, en muchos casos se ven expuestos a irregularidades dentro de las mismas instituciones, la atención y desarrollo nunca será el mismo que en una familia, entre una gama interminable de motivos por los cuales será preferible la adopción a una institución. De aquí surge la importancia de generar más oportunidades para que se produzcan enlaces dentro de todos criterios de idoneidad.

¹⁰⁷ BARTHOLET, E., 2007. International Adoption: Thoughts on the human rights issues. [en línea] <<http://www.law.harvard.edu/faculty/bartholet/5-27-07%20BHRLR%20Article.pdf> >[consulta: 21 diciembre 2016] p 164

¹⁰⁸ BARTHOLET, E., 2007. International Adoption: Thoughts on the human rights issues. [en línea] <<http://www.law.harvard.edu/faculty/bartholet/5-27-07%20BHRLR%20Article.pdf> >[consulta: 21 diciembre 2016] p. 165

De esta manera, y en concordancia con lo que hemos repasado en las páginas previas, es también labor y deber de aquellos que impulsan, crean y concretan los cambios en las legislaciones, el adecuar la normativa atingente y el sistema de adopción y de adopción internacional para efectos de cumplir de la mejor manera con el deber de asegurar el derecho a crecer en una familia.

Chile en general ha sido reconocido por sus buenas prácticas y adecuación en cuanto a los Convenios que ha ratificado, habiéndose solicitado incluso su asesoría para la implementación de sistemas de adopción en otros países.¹⁰⁹ Lo anterior, no necesariamente significa que dicho sistema sea perfecto. Es así como a través de la revisión y análisis que se ha hecho, podemos percatarnos de algunas deficiencias en el sistema de adopción internacional – que es el tema que nos concierne en este trabajo – que debiesen ser modificadas con suma urgencia en conformidad con todos los principios que hemos estudiado.

Tales cambios responden directamente a incrementar las posibilidades de enlaces entre niños, niñas y adolescentes, considerando la importancia de la adopción internacional como una herramienta completamente legítima para poder ofrecer una mejor calidad de vida a aquellos que se encuentran a la espera de ser adoptados. En este sentido, remarcando el rol de la autoridad central y aquellas instituciones relacionadas para facilitar los procesos pero al mismo tiempo para garantizar la protección de todos los derechos involucrados en tal proceso.

¹⁰⁹ Guatemala solicitó la asesoría de Chile para efectos de implementar un nuevo sistema. Véase Anexo 1: Entrevista a Carolina Von Schackmann.

Así, hemos planteado la necesidad de modificación de normas para eliminar de nuestra legislación la arbitraria discriminación en los requisitos relativos aquellos que desean adoptar, dando lugar también a adopción internacional monoparental.

Nos ha parecido interesante la consideración de inclusión de matrimonios residentes en el extranjero con al menos un cónyuge chileno en el orden de prelación, siempre y cuando se mantenga un constante contacto con Chile, en resguardo de uno de los argumentos de la subsidiaridad de la adopción internacional, es decir, el derecho a la identidad cultural.

Precisamente tomando en cuenta la gran crítica sobre la preservación de identidad cultural, derecho que se vería trasgredido con la adopción internacional, hemos planteado la posible creación de un compromiso tanto para familias residentes en el extranjero que adopten niños, niñas o adolescentes residentes en Chile y viceversa, en miras de mantener la identidad cultural de aquellos que han sido adoptados y evitar el desarraigo de sus orígenes.

Para mejorar todos estos aspectos y el funcionamiento del sistema de adopción internacional juegan un rol fundamental no solo la Autoridad Central en Chile como lo es SENAME, sino que todas las instituciones relacionadas y acreditadas tanto en Chile como aquellas en el extranjero, y organismos partícipes de los procedimientos de adopción en general.

Desde la otra dimensión de la adopción internacional, se vuelve fundamental y de suma urgencia la regulación respecto de familias residentes en Chile que buscan adoptar niños, niñas y adolescentes en el extranjero. Hemos visto la ausencia de

regulación que ha llevado a situaciones indeseadas que afectan directamente el interés superior de los menores de edad involucrados.

Nuevamente se precisa un rol más activo de las Autoridades Centrales e instituciones acreditadas, además en la promoción de acuerdos con instituciones de otros países, y la búsqueda de acreditación de instituciones de países con los que Chile ya tiene una relación vigente en el ámbito de adopción internacional.

Afortunadamente por un lado, algunas de las modificaciones que hemos planteado algunas se han considerado en la tramitación de proyectos de ley en la materia, particularmente en el caso del Proyecto de Ley de Reforma Integral al Sistema de Adopción en Chile. Sin embargo, cabe mencionar que la tramitación de dicho proyecto se encuentra discontinuada desde el año 2015 y que como mencionamos en el Capítulo relativo a la legislación nacional, los proyectos ingresados posteriormente no apuntan en ningún sentido a una mejora en el sistema de adopción internacional.

Como hemos podido apreciar a lo largo de este trabajo, el motor de la institución de la adopción y de la adopción internacional responde a una necesidad esencial de los niños, niñas y adolescentes, que debe ser una prioridad para el Estado y legisladores en general, promoviendo, facilitando, mejorando los procesos de adopción tanto nacional como internacional para poder responder eficientemente a tales necesidades, en el marco del interés superior de los menores de edad involucrados.

Si bien Chile ha tenido un desarrollo considerable, la modificación de la legislación y del sistema de adopción internacional requiere de una especial atención y urgencia, a fin de cumplir con todos los principios y objetivos que hemos nombrado a través de las páginas de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

BAELO ÁLVAREZ, M., 2013. La adopción: Historia del amparo socio jurídico del menor. Tesis Doctoral Departamento de Sociología y Ciencia Política y de la Administración. [en línea] Universidade da Coruña <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/10307/2/BaeloAlvarez_Manuel_TD_2013.pdf> [consulta: 20 diciembre 2016]

BAELO ÁLVAREZ, M. 2014. Los orígenes de la adopción desde una perspectiva sociojurídica. Madrid. Librería-Editorial Dykinson. 41p.

BARTHOLET, E. 2010 International Adoption: The Human Rights position. [en línea] <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1758-5899.2009.00001.x/pdf>> [consulta: 12 de diciembre 2016]

BARTHOLET, E., 2007. International Adoption: Thoughts on the human rights issues. [en línea] <<http://www.law.harvard.edu/faculty/bartholet/5-27-07%20BHRLR%20Article.pdf>> [consulta: 21 diciembre 2016] p 164

BARTHOLET, E. 2015. The Hague Convention: Pros, Cons, and Potential. En: BALLARD R., GOODNO N., COCHRAN R., y Milbrandt J., (Eds) The intercountry adoption debate: dialogues across disciplines. Reino Unido. Cambridge Scholars Publishing. pp. 234-244

BERRÍOS, M. y SORIAGALVARRO, D. 2016, SENAME reconoce fracaso en política de adopción de menores vulnerados [en línea] El Mostrador. 12 de agosto 2016. <<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/08/12/sename-reconoce-fracaso-en-politica-de-adopcion-de-menores-vulnerados/>> [consulta: 2 enero 2017]

CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, Comisión Investigadora [en línea] <https://www.camara.cl/trabajamos/comision_portada.aspx?prmID=1201> [consulta: 20 enero 2017]

CAMPOS GARCÍA, S. 2009. La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos [en línea] <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25553.pdf>> [consulta: 30 octubre 2016]

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

CAVALLO, M. Adopciones Internacionales en Italia, Rol y Funciones de la Autoridad Central Italiana y de las Entidades en materia de adopción. [en línea] Seminario “Construyendo Familias más allá de las Fronteras”, noviembre, en Santiago de Chile <http://www.sename.cl/wsename/otros/senales_09/senales_09_EXPERIENCIAS_2.pdf> [consulta: 15 enero 2017]

CILLERO BRUÑOL, M. y MARTÍNEZ-MORA CHARLEBOIS, L., 2002. La Convención sobre los derechos del niño y la regulación de la adopción en Chile. Tercer encuentro de adopción: Formando Familias, Fundación San José para la adopción familiar cristiana, Santiago de Chile. p. 23.

COMPASION FOR ORPHANS. Why Adopt from Chile [en línea] <<http://www.cfo.org.nz/index.php/about-the-chile-programme-including-eligibility-criteria/why-adopt-from-chile>> [consulta: 10 diciembre 2016]

CONFERENCIA DE LA HAYA. Estado de situación de los convenios: Convenio. Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación

en materia de Adopción Internacional [en línea]
<<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=69>> [consulta: 06 diciembre 2016]

CONFERENCIA DE LA HAYA. Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. [en línea]
<<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=29>> [consulta: 29 noviembre 2016]

CORRAL TALCIANI, H. 2002. Adopción y filiación adoptiva. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 40-41p.

DAVILA BALSERA, P. y NAYA GARMENDIA, L. 2006. La Evolución de los Derechos de la Infancia: Una Visión Internacional. Encounters on Education 7:71-93

DAVILA BALSERA, P. y NAYA GARMENDIA, L. 2009. ¿Una historia de los derechos del niño o de la protección infantil? En: ETXEBERRIA BALERDI, F., Educación y menores en riesgo. España. Sello Editorial. Universidad del País Vasco. pp. 17-46

DELGADO BARRETO, C. et. al. 2007. Introducción al Derecho Internacional privado. Lima, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 148.

FAROPPA, J. 2003. Democracia y derechos humanos de la niñez y la adolescencia.[en línea] En: Educación, derechos y participación, Aportes para la reflexión sobre la enseñanza media en Uruguay. UNICEF, Uruguay.
<http://www2.compromisoeducativo.edu.uy/sitio/wp-content/uploads/2014/05/Educacion_derechos_participacion.pdf> [consulta: 10 noviembre 2016]

GALVIS ORTIZ, L. 2009. La Convención de los Derechos del Niño veinte años después. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud 7 (2): 587-619.

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

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

HISTORIA DE LA LEY 19.620. Mensaje del S.E. El Presidente de la República. Fecha 05 de enero, 1993. Cuenta en Sesión 37, Legislatura 325. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/2912/4/HL19620.pdf>> [consulta: 10 octubre 2016]

KLEEM, C. 2000, Airplane Trips and Organ Banks: Random events and the Hague Convention on Intercountry Adoptions [en línea] <<http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1286&context=gjicl>> [consulta 20 noviembre 2016]

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

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

MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. Adopción Internacional. [en línea]

<<http://www.mimp.gob.pe/homemimp/direcciones/dga/adopcion-internacional-dga.php>> [consulta: 10 enero 2017]

NACIONES UNIDAS. DERECHOS HUMANOS. Alto comisionado. [en línea] Estado de Ratificación de 18 tratados <<http://indicators.ohchr.org/>> [consulta: 10 enero 2016]

OEA. Tratados Multilaterales. Información General del Tratado: B-48. [en línea] <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-48.htm>> [consulta: 29 noviembre 2016]

OPERTTI BALDÁN, D., 1986. Comentarios a la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores. [en línea] Unidad de Estudios Jurídicos y Sociales, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay.<<http://www.corteidh.or.cr/tablas/11498.pdf>> [consulta: 10 diciembre 2016]

PARRA-ARANGUREN, G., Informe explicativo del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. [en línea] <<https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2279&dtid=3>> [consulta: 10 enero 2017]

RAMÍREZ NECOCHEA, M., 2013. Derecho Internacional Privado, Santiago de Chile, Legal Publishing Thomson Reuters.

SALINAS BURGOS, H. 2001. La adopción por personas no residentes y las convenciones internacionales aplicables. Requisitos, Procedimientos y Garantías. Revista Chilena de Derecho, 28 (1): 56

SENAME, Adopción Internacional [en línea] <<http://www.sename.cl/web/adopcion-internacional/>> [consulta: 10 de enero 2017]

SENAME, Anuario Estadístico Institucional 2013 [en línea]
<http://www.sename.cl/wsename/otros/AE_2013.pdf> [consulta: 05 enero 2017]

SENAME. Gestión 2000-2006 [en línea]
<http://www.sename.cl/wsename/otros/gestion/BGI_SENAME_2006.pdf> [consulta:
15 noviembre 2016]

SENAME, Organismos Extranjeros Acreditados [en línea]
<[http://www.sename.cl/wsename/otros/Organismos Extranjeros Acreditados 2014.p
df](http://www.sename.cl/wsename/otros/Organismos_Extranjeros_Acreditados_2014.pdf)> [consulta: 29 diciembre 2016]

SENAME. Organismos nacionales acreditados [en línea]
<<http://www.sename.cl/web/organismos-nacionales-acreditados/>> [consulta 20
noviembre 2016]

SMOLIN, D., 2005. The Two Faces of Intercountry Adoption: The Significance of the
Indian Adoption Scandals. [en línea] Seton Hall Law Review.
<https://works.bepress.com/david_smolin/2/> [consulta: 12 octubre 2016]

SOLARI, C. 2011 Adopciones de niños haitianos. Una sentencia Pendiente [en línea]
<[http://www.mags.cl/wp-content/uploads/2012/09/Nominado-Paula-Adopciones-de-
ni%C3%B1os-haitianos.pdf](http://www.mags.cl/wp-content/uploads/2012/09/Nominado-Paula-Adopciones-de-ni%C3%B1os-haitianos.pdf)> [consulta: 13 enero 2017]

UNICEF. Adopción Internacional. [en línea] <[https://www.unicef-
irc.org/publications/pdf/digest4s.pdf](https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest4s.pdf)> [consulta: 20 noviembre 2016]

UNICEF. Centro de prensa: Adopciones Internacionales. [en línea]
<http://www.unicef.org/spanish/media/media_41918.html> [consulta: 30 noviembre
2016]

UNICEF. Comité de los Derechos del Niño. Informe del Estado de Chile y Observaciones del Comité. [en línea] <<http://unicef.cl/web/informes-comite/>> [consulta: 24 noviembre 2016]

UNICEF. Información por país. [en línea] <<https://www.unicef.org/spanish/infobycountry/>> [consulta: 30 noviembre 2016]

UNICEF, 2001. Manual de aplicación de la Convención sobre los derechos del Niño, Nueva York, citado por CONTRERAS, Daniel, 2009. Apuntes en torno a la discriminación en la escuela: el caso chileno de embarazadas madres y niños viviendo con VIH y el derecho a la Educación. Justicia Y Derechos del Niño (11), Unicef, p. 193.

UNICEF. Posición de UNICEF ante la adopción internacional. Declaración. [en línea] <https://www.unicef.org/lac/media_9962.htm> [consulta: 25 noviembre 2016]

UNICEF. Sobre UNICEF: Quienes somos. [en línea] <https://www.unicef.org/spanish/about/who/index_history.html> [consulta: 30 noviembre 2016]

TAPIA RODRÍGUEZ, M., 2005. Código Civil 1855 – 2005. Evolución y perspectivas. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. p. 128.

VERGARA BULARZ, V., 2001. La adopción en Chile: Falencias y Debilidades de la Ley 19.620. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

VON SCHAKMANN, C., 2015. La Adopción Internacional en Chile. Revista Chilena de Derecho Internacional Privado (I): 37-51

ANEXO 1: ENTREVISTA A CAROLINA VON SCHACKMANN.

Abogada Coordinadora Área Jurídica

Departamento de Adopción Servicio Nacional de Menores

Fecha: 5 de enero 2017.

1.- ¿Qué falencias cree que presenta el sistema de adopción internacional en Chile, en virtud no sólo de los convenios internacionales suscritos por Chile, sino también respecto de la práctica y aspectos administrativos?

R: En general es posible señalar que la Ley N° 19.620 de 1999, significó un gran avance en la regulación de la adopción internacional, al poner término a la intermediación de particulares que había dado lugar a un verdadero tráfico de niños en nuestro país. A ello se sumó la ratificación del Convenio de La Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional que garantiza la adecuada tramitación de las adopciones internacionales, al contemplar exigencias tanto para los Estados de Origen como de Recepción, así como la intervención en los procesos sólo de las Autoridades Centrales, organismos acreditados y autoridades públicas debidamente autorizados, y por último al regular el reconocimiento de pleno derecho de las adopciones constituidas en conformidad al Convenio, en los demás Estados Contratantes. En la práctica, el Servicio fomenta la tramitación de adopciones internacionales sólo con Estados que sean parte del citado Convenio, de modo que existan las aludidas garantías, sin embargo, la Ley N° 19,620 no contempla la exigencia de que estas adopciones sólo procedan con Estados con los cuales exista un instrumento internacional que regule esta materia, en efecto, el artículo 29 de la mencionada ley señala que esta adopción se

sujetará, cuando corresponda, a las Convenciones y a los Convenios Internacionales que la regulen y que hayan sido ratificados por Chile. Al respecto, es preciso señalar que esta exigencia fue parte del proyecto de ley original que dio paso a la ley vigente, no obstante, en su última etapa de tramitación, el Senado suprimió dicha exigencia por estimarla discriminatoria respecto de los nacionales de países con los que no existiese un convenio de adopción, es decir, primó una consideración relativa a los adultos interesados en postular a la adopción, antes que el interés superior de los niños/as que pudieran ser beneficiarios de esta medida.

Sí existen algunas falencias en el proceso, que no tienen que ver con la regulación legal de la materia, en especial, considerando que la adopción internacional se constituye en Chile, una vez realizada la fase administrativa que contempla el Convenio de La Haya, esto es, enviar la asignación formal a la Autoridad Central u Organismo acreditado que patrocine al matrimonio seleccionado, y una vez que se reciba la aceptación de la Autoridad u organismo y del matrimonio emitir el propio consentimiento para que se dé curso a la adopción, se debe dar inicio a la fase judicial, con la presentación de la solicitud de adopción. Es así como sólo una vez que el tribunal la acoge a tramitación y fija la fecha de audiencia (normalmente se solicita una fecha determinada considerando las posibilidades de viaje de la familia) el matrimonio puede comprar pasajes y preparar su viaje, sin embargo dado que es imposible pretender que permanezcan indefinidamente en Chile, ha sido preciso fijar un tiempo promedio de permanencia, determinando un período de dos meses, para lo cual las familias deben guardar vacaciones, programar permisos sin sueldo, etc., no obstante, gran parte del período no depende

de SENAME o del organismo acreditado en Chile que tramita la adopción, sino del tribunal competente. En efecto, SENAME ha establecido coordinación con las instancias que intervienen con posterioridad a la tramitación judicial de la adopción, esto es, con el Servicio de Registro Civil, fijando plazos para la inscripción civil de la adopción y la obtención de pasaporte, pero la tramitación judicial, depende de cada tribunal y más aun de cada juez, la mayoría realiza sólo una audiencia, pero hay algunos que realizan dos audiencias y luego, es frecuente que la sentencia contenga errores siendo necesario rectificar una o más veces y luego esperar que el tribunal reúna toda la documentación de origen del o los niños (ficha individual desde el registro Civil, ficha de salud, etc.), certifique ejecutoriedad de la sentencia y entregue el expediente (tanto de adopción como de susceptibilidad de adopción y medida de protección), y ello se complica más aún si el juez que dictó la sentencia, sale luego con licencia médica o feriado. Esto genera mucha tensión en las familias cuando se atrasan estos trámites y se acerca el día en que han programado su regreso, lo que inevitablemente repercute en el o los niños, dificultando el proceso de vinculación e integración.

Por otra parte, si bien son muy pocos los fracasos adoptivos (entendiendo por tales normalmente las llamadas “interrupciones”, es decir cuando fracasa el proceso en la etapa de vinculación e integración, sin que se alcance a constituir la adopción) en aquellos que se han dado, generalmente se ha observado algún aspecto que no fue detectado o abordado en forma adecuada en la evaluación, pues ésta se realiza en el estado en que tienen su residencia, o que la familia no fue preparada en forma adecuada, en función del perfil de los niños/as que en nuestro país son postulados a

adopción internacional. Al respecto, si bien se ha trabajado mucho en las exigencias y coordinación con los organismos extranjeros para minimizar estos riesgos, nos preocupa que existe una postura propia de los Estados de Recepción, que tiende a privilegiar los requerimientos y la postulación a adopción de sus familias, frente a la preocupación que nos asiste a los Estados de Origen, en cuanto al interés de los niños/as involucrados en estos procesos. Tradicionalmente era común que en las reuniones convocadas por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, que monitorea la aplicación del citado Convenio de La Haya, los Estados de Recepción actuaran en bloque, instalando sus preocupaciones, por lo que hace algunos años Chile convocó una reunión de Autoridades Centrales de Latinoamérica, destinada fundamentalmente a tratar temas respecto de los cuales compartimos inquietudes como Estados de Origen, de modo de poder presentar también una postura común en las aludidas reuniones y así instar en mejor forma para acordar soluciones.

2.- En base a lo mismo, ¿Qué modificaciones cree que serían necesarias?

R: En cuanto al primer aspecto señalado, tanto el Proyecto de ley presentado al Congreso, como las indicaciones que posteriormente se han presentado, establecen que la adopción internacional sólo procederá con Estados con los cuales exista un Convenio internacional vigente, lo que se estima fundamental.

Respecto a los problemas que se suscitan especialmente durante la tramitación judicial de la adopción, ello se solucionaría en gran parte, mediante un auto acordado

que regulara adecuadamente el procedimiento aplicable, unificando criterios aplicables.

En cuanto a la tensión que se observa en algunos aspectos en la relación entre Estados de Recepción y de Origen, se estima necesario fomentar la coordinación a lo menos entre las Autoridades Centrales de los Estados de Origen y trabajar en optimizar la coordinación requerida con los Estados de Recepción

3.- Algunos autores plantean la importancia de la Adopción internacional - a pesar de tener por principios, un carácter subsidiario- en los casos de niños con necesidades especiales. Esto, dado que en ocasiones algunas las familias residentes en el extranjero podrían estar más capacitadas para atender dichas necesidades, tomando en consideración también, los países de los cuales provienen, que podrían tener instituciones más aptas para atender dichas necesidades.

R: Precisamente en virtud del principio de subsidiariedad consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, en el Convenio de La Haya y en las leyes de adopción internas, la adopción internacional constituye una alternativa para aquellos niños/as que no pueden encontrar una familia en su país de origen, por tratarse de niños/as de atención prioritaria (anteriormente se les denominaba “con necesidades especiales”). Esto es, por ejemplo, niños/as mayores de 5 años de edad, grupos de hermanos o niños/as que portan alguna patología aun siendo recuperable (sería complejo que una familia pudiese asumir en forma particular el costo de un tratamiento, respecto de patologías que constituirían preexistencias) para los cuales no existen por regla general postulantes residentes en el país

dispuestos a adoptarlos. En el caso de las familias residentes en el extranjero, en virtud del citado principio sólo pueden postular respecto de estos niños, por lo que el énfasis se coloca en que sean evaluados y preparados para la adopción de niños/as que presentan estas características y/o necesidades, y también se consideran las posibilidades de atención que pueden tener en su país de residencia.

4.- El proyecto presentado por el boletín 9119-18, quiso plantear el cambio de prelación en para las familias postulantes, admitiendo en el primer lugar a matrimonios residentes en el extranjero en que uno de los cónyuges fuera chileno. En la actualidad el proyecto cambió dicha proposición manteniendo el orden típico. ¿Qué piensa al respecto?

R: Si consideramos que el fundamento del principio de subsidiariedad, que persigue evitar el desarraigo del niño/a, cuando se trata de matrimonios residentes en el extranjero que mantienen vínculos permanentes con Chile, tienen parientes a quienes visitan periódicamente o más aún, se encuentran en el extranjero por estudios o trabajo, pretendiendo volver a Chile, es posible pensar que el niño/a no va a ser desarraigado permanentemente, como si lo sería tratándose de matrimonios que aun siendo chilenos, no tienen vínculos con el país ni pretenden volver. Por ello, estimo que la excepción se justificaría en casos como éstos.

5.- Es sabido las complicaciones que existen en la actualidad con SENAME. ¿No sería adecuado -como ocurre en otros países- que la autoridad central fuera exclusivamente una institución dedicada a la adopción?

R: En verdad, más allá del complejo escenario que enfrenta SENAME, en materia de adopción internacional somos un país respecto del cual se reconocen sus buenas prácticas en la materia y de hecho se nos ha solicitado asesoría respecto de otros países que han requerido modernizar su legislación en esta materia. Asimismo, las familias que postulan en Chile y los organismos extranjeros acreditados en el país, siguen señalando como razón para ello que Chile es un país en que los procedimientos y el trabajo que se realiza ofrece garantías de seriedad. De hecho un aspecto muy valorado es la preparación que se realiza respecto de los niños/as, para su integración a familias residentes en el extranjero, lo que incide en los buenos resultados que por regla general se han obtenido con las adopciones internacionales realizadas durante la vigencia de la legislación actual.

6.- ¿Cuál es su opinión sobre la exigencia de matrimonio para postulantes residentes en el extranjero? ¿Debería otorgarse la posibilidad a personas individuales residentes en el extranjero?

R: Considerando que según lo indicado anteriormente, la adopción internacional constituye la única alternativa para aquellos niños/as de atención prioritaria, que requieren restituir su derecho a vivir en familia y no han podido encontrar una familia adoptiva en su país de origen, estimo que debiera ampliarse la posibilidad de postular a personas individuales residentes en el extranjero, pues ello permitiría contar con mayores alternativas de familia. Me parece que la normativa que el Convenio de La Haya establece en cuanto a la evaluación de aptitud e idoneidad que debe realizarse respecto de los postulantes en su Estado de

residencia (art. 15), así como la coordinación entre la Autoridad Central chilena y las Autoridades Centrales de los Estados de Recepción que contemplen la adopción por personal individuales o los organismos acreditados que patrocinaren a éstas, permitiría incorporar en las evaluaciones aspectos necesarios de considerar en estos casos, como la presencia de redes de apoyo suficientes, familiares o comunitarias que puedan apoyar el cuidado del niño/a por parte de una persona individual.

Cabe señalar que la última indicación presentada por el Ejecutivo al Proyecto de Ley presentado al Congreso (cuya tramitación se encuentra suspendida), el 31 de julio de 2015, mediante Mensaje N° 720-363, no restringe la postulación a adopción internacional sólo a matrimonios. En efecto, el artículo 54 de dicha indicación (que sustituye los artículos 31 al 68 del Proyecto original) establece que sólo podrá otorgarse la adopción internacional a las personas no residentes en Chile, sean nacionales o extranjeras, que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 37 de la misma normativa, esto es, ser mayores de 25 años y menores de 60, tener una diferencia mínima de 20 años con el adoptado, haber sido declarados idóneos para la adopción del niño/a de quien se trate y tratándose de matrimonios, tener un mínimo de años de unión legal.

Por último, debo aclararles que todas las respuestas que les he dado reflejan mi opinión y no necesariamente la de SENAME.

ANEXO 2: ENTREVISTA A ELIZABETH BARTHOLET

Directora Programa de Defensa de los Niños (Faculty Director, Child Advocacy Program)

Harvard University.

Fecha: 3 de enero 2017

1.- Regarding the principle of subsidiarity and international adoption. How do you think these apply when the case involves a child with special needs?

R: My position on subsidiarity is laid out in the chapter listed in my Publications on first listed website below called Debate with Smolin on International Adoption. I have no different view on subsidiarity when children with special needs are involved. I think children should be placed for adoption as early as possible and that it does not serve children's interests to delay adoption in order to keep them in the country in which they were born.

2.- In the article "International adoption: thoughts on the human rights issues" you mentioned that as part of the advisory group to the U.S. Department of State in the context of the Hague Convention negotiations you fought to preserve the role of "private adoption" in order to facilitate adoption process. To my mind, this is also related to the fact that by dividing responsibilities, processes might become more efficient. In Chile the SENAME (the key institution or nodal agency of the central government) works in coordination with five private institutions. What do you think of the fact that the central

government's key agency in Chile is also in charge of teenagers involved in juvenile delinquency or other offenses, as well as children's rights during Family law process? Do you think there should be one institution exclusively in charge of the adoption process?

R: My view on the importance of keeping private adoptions as an option is that states are often motivated to create barriers to adoption which generally hurt children's interests. The private market works to serve the interests of parents who want to parent and children who need parents, putting those parties together.

3.- In 2013 a Bill was introduced to reform the Adoption Law in Chile. This bill is still in Congress. The original bill tried to change the order of precedence or priority of applicants, attempting to put in second place (after married couples domiciled in Chile), families domiciled abroad which included at least one Chilean. What do you think about this initiative?

R: This sounds like a form of subsidiarity I find problematic. The problem with such preferences is that they tend to delay child placement. The most important fact for children, as social science regularly confirms, is early placement in adoption.

4. Unlike individuals domiciled in Chile, under Chilean Law inter-country adoption is only allowed for married couples. What do you think about the fact that individuals domiciled abroad are not allowed to be applicants?

R: Outrageous! If there are children in need should give them chance to be parented. There's nothing in social science showing any problems in fitness of single parents as vs married parents.

ANEXO 3: ESTADÍSTICAS ADOPCIÓN INTERNACIONAL PREVIAS A LEY 19.620

| AÑO | INFORMES EMITIDOS PARA ADOPCIÓN INTERNACIONAL | NIÑOS/AS EFECTIVAMENTE SALIDOS DEL PAIS (***) | ADOPCIONES NACIONALES SENAME |
|---------------------------|--|--|---|
| 1988 (jun-dic) | 467 | 336 | - |
| 1989 | 1020 | 780 | - |
| 1990 | 884 | 488 | - |
| 1991 | 720 | 601 | 98 (**) |
| 1992 | 417 | 356 | 136 |
| 1993 | 238 | 169 | 128 |
| 1994 | 241 | 194 | 151 |
| 1995 | 238 | 198 | 153 |
| 1996 | 195 | 173 | 110 |
| 1997 | 172 | 161 | 124 |
| 1998 | 142 | 110 | 202 |
| TOTAL | 4689 | 3566 | 1102 |

* Solo en 1991 SENAME comenzó a acoger postulaciones nacionales

** La Ley N° 18.703 fue promulgada en mayo de 1988

*** Información entregada por Policía Internacional, conforme lo establecía.

Fuente: VON SCHAKMANN, C., 2015. La Adopción Internacional en Chile. Revista Chilena de Derecho Internacional Privado (I): 37-51