



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA DE POSTGRADO**

**ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS**

**MAGISTER DE DERECHO DE FAMILIA(S),**

**DERECHO DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA**

**“Aplicación de los principios de la infancia en la  
jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia  
en el procedimiento de susceptibilidad de adopción”**

Alumna Macarena Venegas Tassara

Profesora Guía Maricruz Gómez de la Torre  
Vargas

Santiago, Septiembre de 2018

## ÍNDICE

<b>1.- <u>Introducción</u></b> .....	5
<b>2.- <u>Primera Parte: Sistema de Adopción en Chile</u></b> .....	8
2.1.- Adopción. Historia, concepto y características en relación a la filiación.....	8
2.1.1.- Historia de la adopción en Chile.....	8
2.1.2.- Concepto de adopción.....	13
2.1.3.- Características de la adopción.....	16
2.2.- Susceptibilidad de Adopción: procedimiento obligatorio, previo y contencioso.....	23
2.3.- Análisis de las causales de susceptibilidad de adopción.....	30
2.4.- Evaluación general de la Ley N° 19.620.....	42
2.4.1.- Problemas de redacción y coherencia. ....	42
2.4.2.- Problemas de sistematización.....	44
2.4.3.- Problemas de dilación del procedimiento.....	45
<b>3.- <u>Segunda Parte: Principios involucrados en el procedimiento de susceptibilidad de adopción</u></b> .....	47
3.1.- Los principios y su función en el moderno Derecho de Familia. Interpretación normativa y aplicación jurisdiccional.....	47
3.2.- Análisis de los principios aplicables en el procedimiento de susceptibilidad de adopción.....	51
3.2.1.- Interés Superior del niño.....	51
3.2.2.- Subsidiariedad de la adopción y prioridad de la familia biológica.....	60
3.2.3.- Derecho a la identidad.....	68

3.2.4.- Derecho a ser oído.....	72
3.2.5.- Preferencia de la familia matrimonial.....	74
3.2.6.- Reserva relativa.....	77
3.2.7.- Preferencia de la adopción nacional.....	78
3.2.8.- Inseparabilidad de los hermanos.....	80
4.- <u>Tercera Parte: Tratamiento Jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Justicia</u> .....	82
4.1.- Análisis de jurisprudencia nacional de las acciones de susceptibilidad de adopción interpuestas. (Referencia al Anexo Fichas de Sentencias).....	82
4.2.- Estadística de decisiones judiciales que confirman y revocan las sentencias de primera instancia sobre susceptibilidad de adopción.....	83
4.3.- Los criterios utilizados para rechazar y acoger la susceptibilidad de adopción. Aplicación de los principios del Derecho de Familia en las sentencias sobre susceptibilidad de adopción.....	84
4.3.1.- Sentencias que rechazan la susceptibilidad de adopción.....	84
4.3.2.- Sentencias que acogen la susceptibilidad de adopción.....	94
5.- <u>Cuarta Parte: Informes Servicio Nacional de Menores – SENAME</u> .....	100
5.1.- Informe de Auditoría Social del Sename. Mayo de 2018.....	101
5.2.- Informe Final del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Junio de 2018.....	103
6.- <u>Quinta Parte: Proyecto de Reforma de Ley de Adopción. Boletín N° 9.119-2018</u> .....	108
6.1.- En cuanto a los principios involucrados en la adopción.....	108
6.2.- En cuanto a las causales de adoptabilidad.....	113
7.- <u>Conclusiones</u> .	

Consecuencias del rechazo de la susceptibilidad de adopción para el niño, niña o adolescente (NNA) que se encuentra institucionalizado.....	119
Anexo Fichas de Sentencias.....	124
Fichas de sentencias contenidas en Vlex (2014–2017).....	124
Fichas de sentencias contenidas en Westlaw (2014–2017).....	148
Bibliografía.....	206

## **1.- Introducción**

En la actualidad, la filiación no está determinada sólo por una relación biológica, sino que es una relación jurídica que determinada por la paternidad o maternidad, vinculan al padre o madre con el hijo. La ley 19.620 promulgada el 26 de julio de 1999, establece el sistema de adopción en Chile, confiriendo al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes (art. 1º inciso 2º).

En el procedimiento de adopción, existen dos etapas, la primera es el procedimiento contencioso previo a la adopción, referente a la susceptibilidad de adopción, establecido en el Título II de la Ley 19.620; y en segundo lugar el procedimiento voluntario de adopción, dispuesto en el Título III de la misma ley.

Esta investigación se centrará en conocer la aplicación de la normativa vigente en materia de susceptibilidad de adopción, efectuada por las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema de nuestro país, entre los años 2014 y 2017, como órganos jurisdiccionales encargados de revisar mediante sus sentencias los razonamientos utilizados por los jueces de primera instancia de los Tribunales de Familia, a fin de distinguir los criterios de procedencia o improcedencia de la referida susceptibilidad.

Esta tarea, además de la revisión y análisis de la legislación actual, plantea el desafío de contrastar con ella, la aplicación práctica efectuada por los Tribunales Superiores de Justicia, en consideración a los principios que se ven involucrados en materia de susceptibilidad adopción, en especial al interés superior del niño.

En materia de adopción, el interés superior del niño es un principio que se establece explícitamente en la Ley 19.620, en los artículos 1º, 3º y 15º inciso 3º. Sin embargo, existen otros principios inherentes a esta materia que también están establecidos en la ley, como son el principio de subsidiariedad de la adopción (art. 1º), el derecho a la identidad (art. 27 inc. 3º), el derecho del NNA a dar su opinión y otorgar su consentimiento respecto de la adopción (art. 3º), la preferencia de la familia matrimonial (art. 20º) y la reserva relativa (art. 28).

El derecho de familia es un derecho de principios, y por esta razón el juez debe atenerse a los principios establecidos en la ley cuando interpreta y aplica

en las materias reguladas en ella. El profesor Cristián Lepin, en relación con los principios señala que “se trata de un mandato dirigido al juez para darle contenido a la ley en el caso concreto, es decir, para que sobre la base de una determinada orientación resuelva, por decirlo de una manera, legislando en cada caso en particular. Lo anterior implica un reconocimiento, por parte del legislador, de sus limitaciones, en el sentido de que no puede prever todas las situaciones y que debe depositar la confianza en el juez para que adopte la decisión más conveniente”<sup>1</sup>.

La aplicación de los principios establecidos por ley, su debida ponderación y justificación por parte de los tribunales de justicia ha hecho muy difícil establecer un criterio unívoco en el procedimiento de susceptibilidad de adopción, creando una falta de certeza jurídica para los principales operadores del sistema, a saber, el Servicio Nacional de Menores y los organismos acreditados ante éste.

Lo que resulta aún más grave, es la vulneración de los derechos del niño, niña o adolescente que se encuentra en situación de ser declarado susceptible de ser adoptado, en consideración a que los tiempos de los niños no son los mismos de los adultos, convirtiéndose en víctimas de un sistema en que, por ejemplo, no existen plazos definidos ni acotados para trabajar con la familia de origen ni para que ésta se rehabilite. Asimismo, no hay criterios claros para definir lo que se entiende por inhabilidad parental, existiendo en su interpretación una tendencia biologicista por parte de los jueces que otorgan reiteradas oportunidades a los padres y familiares consanguíneos para que asuman sus obligaciones, mientras el niño espera institucionalizado de manera indefinida en un centro residencial del Sename.

“Los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están

---

<sup>1</sup> LEPIN MOLINA, Cristián. “Los nuevos principios del Derecho de Familia”. *Revista Chilena de Derecho Privado* (online), 2014, Nº 23, p. 13.

relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible”<sup>2</sup>.

De esta forma, el presente trabajo de investigación científica pretende reconocer dentro de la jurisprudencia que se analizará, los criterios y razonamientos aplicados por los Tribunales Superiores de Justicia, con el objetivo de efectuar un estudio crítico, identificando problemas y defectos sobre la ponderación e interpretación de los principios que se ven involucrados en las resoluciones judiciales que acogen o rechazan la susceptibilidad de adopción de un niño, niña o adolescente.

Asimismo, se revisará un informe de Auditoría Social desarrollado por el Sename, en el mes de mayo de 2018, y el informe del Comité de los Derechos del Niño realizado, en virtud del artículo 13 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, notificado a nuestro país con fecha 1 de junio de 2018, por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Por último, se analizará el proyecto de reforma de Ley de Adopción, Boletín N° 9.119-2018, ingresado con fecha 6 de junio de 2018, a la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, por Oficio del Presidente de la República N° 028-366 de fecha 28 de mayo de 2018, mediante el cual se formula indicación sustitutiva al proyecto.

---

<sup>2</sup> OBSERVACIÓN GENERAL N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3 párrafo 1 Convención sobre los Derechos del Niño), Comité de los Derechos del Niño. *“Garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño”*. p.20.

## **2.- Primera Parte: Sistema de Adopción en Chile**

### **2.1.- Adopción. Historia, concepto y características en relación a la filiación.**

#### **2.1.1.- Historia de la adopción en Chile:**

La tercera fuente de la filiación es la adoptiva, considerando la primera la filiación biológica y la segunda aquella que es producto de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, llamada también filiación legal.

El artículo 179 del Código Civil prescribe que la adopción se regirá por la ley respectiva, es decir, por la Ley N° 19.620.

El Código Civil de don Andrés Bello no reguló la adopción, situación que sorprende, porque la adopción es una institución que arranca del derecho romano<sup>3</sup>. “No se sabe exactamente la razón que tuvo Bello para excluirla. Resulta, por otro lado, imposible que la institución haya pasado inadvertida, siendo Bello un romanista insigne y conociendo la regulación que, aunque mezquina, le otorgaba el Código de Napoleón”.<sup>4</sup>

Es indudable, como señala el profesor Hernán Corral que el espíritu de la época no era favorable a la adopción, incluso fue señalada como extraña y contraria a las costumbres de la sociedad chilena<sup>5</sup>.

En consecuencia, haré una síntesis cronológica de las leyes que han tratado la adopción en nuestra legislación.

La primera ley que se dictó fue la N° 5.343, que entró en vigencia el 6 de enero de 1934, estableciendo una adopción que no constituía estado civil, en realidad no creaba un verdadero vínculo de parentesco entre el adoptado y el adoptante, y que se prestó para abusos, como señalan comentaristas de la época, “porque personas que estaban impedidas de contraer matrimonio

---

<sup>3</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. “*El Sistema Filiativo Chileno*”. Editorial Jurídica de Chile, 2007, p.215.

<sup>4</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. “*Adopción y Filiación Adoptiva*”. Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 23.

<sup>5</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. “*Adopción y Filiación Adoptiva*”, op. cit., p. 23.



recurrieron al subterfugio de la adopción para en definitiva tener una forma de convivencia.”<sup>6</sup>

Esta ley fue sustituida por la Ley N° 7.613, de 21 de octubre de 1943. En ella, se establece que la adopción se realiza mediante un contrato solemne entre adoptante y adoptado, que debe ser autorizado por la justicia e inscribirse en Servicio del Registro Civil y que sólo produce efectos entre ellos. Además, no constituye estado civil y el adoptado continúa perteneciendo a su familia de origen. El adoptado, sin ser legitimario, tenía derechos en la sucesión abintestato del adoptante que se asimilaban a los derechos de los hijos naturales.

“Al no adquirir el adoptado la calidad de hijo del adoptante, no constituía una real solución para los matrimonios sin hijos que, normalmente, aspiraban a constituir una familia con hijos propios. Ello motivó que, en muchos casos, en vez de adoptar se siguiera el camino fraudulento de inscribir como propios hijos ajenos”<sup>7</sup>.

La ley N° 7.613, con algunas modificaciones menores, se mantuvo en vigencia hasta el 27 de octubre de 1999, fecha en que entró en vigencia la actual ley de adopción N° 19.620.

Para subsanar la Ley 7.613, se publica la ley que establece la legitimación adoptiva N° 16.346, el 20 de octubre de 1965. Esta institución, “tenía por objeto conceder el estado civil de hijo legítimo de los legitimantes adoptivos con sus derechos y obligaciones” (artículo 1°). Los vínculos de la filiación anterior para el adoptado caducaban en todos sus efectos, con excepción de los impedimentos para contraer matrimonio.

La sentencia que acogía la solicitud de adopción debía ordenar la confección de una nueva inscripción de nacimiento, en la que no se deja constancia de la resolución judicial ni de la adopción. La anterior inscripción se caducaba y la ley en forma perentoria establecía “la destrucción de la ficha individual del menor y de todo otro antecedente que permita su identificación”

---

<sup>6</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *“El Sistema Filiativo Chileno”*, op. cit., p. 215. (RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio. “Nuevo Régimen de Adopción”. *Revista Actualidad Jurídica N° 1*, enero 2000, p.285.)

<sup>7</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *“El Sistema Filiativo Chileno”*, op. cit., p. 216.

(art. 8). Todas las tramitaciones caían bajo el secreto y se sancionaba penalmente su violación (art. 11)<sup>8</sup>.

Posteriormente, se dictó la Ley N° 18.703, con fecha 10 de mayo de 1988, que derogó la Ley N° 16.346, manteniendo vigente, como se ha dicho, la Ley N° 7.613.

Esta nueva ley contempló dos tipos de adopción: la simple y la plena.

La adopción simple concede una protección a menores de 18 años que carecen de bienes. Es una especie de tuición que se extingue una vez que el adoptado cumple la mayoría de edad. Por lo tanto, constituye una situación transitoria, ya que, si no se convierte en adopción plena, se extingue por la mayoría de edad del adoptado. Permite a los adoptantes tener al adoptado en su hogar, bajo su cuidado, con obligación de criarlo, alimentarlo y educarlo, por lo menos hasta que termine la educación primaria o una profesión u oficio. También la ley le otorga los derechos y obligaciones que establece el Código Civil respecto de los hijos, entre otros, el de consentir en el matrimonio, pero no confiere derechos sucesorios<sup>9</sup>.

La adopción plena replica la regulación de la legitimación adoptiva, pero perfeccionando la normativa. “Así, por ejemplo se elimina la restricción ocasionada por el hecho de tener el adoptante hijos legítimos; se rebaja el límite máximo de edad de los adoptantes a 60 años; se reducen los plazos de tuición previa a un año; se ordena que la situación de abandono sea objeto de una sentencia judicial, proceso en el cual el juez debe notificar a los padres o parientes del menor incluso por avisos si no se conoce su identidad o domicilio; se relaja el secreto de la adopción permitiendo que el adoptado o los adoptantes soliciten copias autorizadas de la sentencia y ordenando ya no la destrucción de los antecedentes anteriores del menor, sino simplemente su archivo en una sección separada del Archivo General del Registro Civil”<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. “Adopción y Filiación Adoptiva”, op. cit., p. 25.

<sup>9</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. “El Sistema Filiativo Chileno”, op. cit., p. 217.

<sup>10</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. “Adopción y Filiación Adoptiva”, op. cit., p. 26.

En la adopción plena, “sólo pueden adoptar matrimonios y pueden hacerlo respecto de ciertos menores que se encuentren en algunas de las situaciones de hecho que la ley tipifica: huérfano de padre y madre; ser de filiación desconocida; encontrarse abandonado o ser hijo de cualquiera de los adoptantes. Se constituye por sentencia judicial y otorga la calidad de hijo legítimo de los adoptantes.

La adopción plena es irrevocable y exige una diferencia de 20 años o más entre adoptante y adoptado. Como crea un estado civil, hace desaparecer los vínculos con la familia de origen del adoptado, salvo en los impedimentos para contraer matrimonio y en ciertos tipos penales, como el parricidio.

Respecto de la adopción de niños por matrimonios extranjeros, se establece que la intervención jurisdiccional nacional sólo se limita a autorizar la salida del menor, porque la adopción se rige, en lo sustantivo, por la ley del país extranjero en que se va a verificar, pero controlando la idoneidad de los adoptantes y la ventaja de la adopción para el menor”.<sup>11</sup>

Sin embargo, esta legislación no daba cumplimiento a lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño, ratificada y publicada en Chile mediante el Decreto N° 830 de fecha 27 de septiembre de 1990. El artículo 20 N° 1 de la citada Convención dispone que: “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.”. En el N° 2 del mismo artículo señala que “Los Estados partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.” Entre estas posibles formas de cuidado, el N° 3 dispone: “...la colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico<sup>12</sup>, la adopción, o de ser necesarios la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.”. Por su parte, el artículo 11 N° 1 dispone que: “Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados

---

<sup>11</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. “*El Sistema Filiativo Chileno*”, *op. cit.*, p. 217.

<sup>12</sup> Kafala: acogimiento en una familia de un menor indigente, con el fin de educarlo y de ocuparse de él material y moralmente como si fuera su propio hijo, sin que ello produzca efectos sobre su filiación.

ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero”. Finalmente, el artículo 21 reglamenta directamente la adopción para los Estados que permiten o reconocen un sistema adoptivo: *“Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”*. Asimismo, establece los siguientes parámetros:

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

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

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

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

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

En mérito de estas consideraciones, “la lenta y engorrosa tramitación de las adopciones, así como el descubrimiento de irregularidades en personas vinculadas a la adopción, en profesionales que lucraban con éstas, y en juzgados

comprometidos en situaciones fraudulentas, llevaron al gobierno del Presidente Sr. Patricio Aylwin Azócar (1990-1994) a elaborar un proyecto de ley que agilizara la tramitación y diera una mayor protección a los niños adoptados por residentes en el extranjero (Boletín N° 899-07)<sup>13</sup>. De esta forma, se promulga con la Ley N° 19.620 el actual régimen jurídico de adopción vigente en Chile, con fecha 25 de junio de 1999, entrando en vigencia con fecha 27 de octubre de 1999, conjuntamente con la Ley N° 19.585, que reformó el estatuto de filiación que existía en Chile. Asimismo, el Reglamento de la Ley de Adopción, Decreto N° 944 fue promulgado con fecha 18 de noviembre de 1999 y publicado con fecha 18 de marzo de 2000.

#### 2.1.2.- Concepto de adopción:

La adopción es enunciada, como se ha dicho en el artículo 179 del Código Civil, al establecer la diferencia entre la filiación por naturaleza, que puede ser matrimonial o no matrimonial, y la filiación adoptiva, que nace por la adopción y se rige por la Ley N° 19.620.

Doctrinariamente, señala la profesora Maricruz Gómez De la Torre, “podemos señalar que hay varios conceptos de adopción, que la entienden como una *ficción legal* dirigida a considerar como hijo a quien no lo es biológicamente.”<sup>14</sup>

La adopción, en cuanto ficción legal, se otorga a través de una sentencia judicial y se asimila completamente a la filiación por naturaleza, en cuanto, a sus efectos. Al respecto, la Ley N° 19.620, en su artículo 26, establece que: “*La sentencia que acoja la adopción, ordenará: ... 2. Que se remitan los antecedentes a la Oficina del Registro Civil e Identificación del domicilio de los adoptantes, a fin de que se practique una nueva inscripción de nacimiento del adoptado como hijo de los adoptantes...*”.

Por su parte, el artículo 37 del mismo texto legal dice que “*La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los*

---

<sup>13</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. “*El Sistema Filiativo Chileno*”, op.cit., p. 218.

<sup>14</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. “*El Sistema Filiativo Chileno*”, op. cit., p. 222.

*derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley, y extingue sus vínculos de filiación de origen, para todos los efectos civiles, salvo los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en el artículo 5º de la Ley de Matrimonio Civil, los que subsistirán”.*

“Estos impedimentos para contraer matrimonio subsisten en atención a razones de índole biológica y ética. En consecuencia, a pesar de existir una ficción legal, no se puede llegar a desconocer o borrar los vínculos de sangre existentes entre adoptado y su familia biológica”<sup>15</sup>.

La adopción, señala el profesor Hernán Corral se construye sobre la base de “la relación de paternidad – maternidad y filiación que se produce a través de la procreación biológica. Es el establecimiento legal de un vínculo similar, análogo o sustancialmente idéntico al que existe entre un padre o madre y su hijo biológico. Es decir, se mantiene el objetivo de “imitar la naturaleza” del que hablaban los romanos y luego Bonaparte, a través de la constitución de un vínculo jurídico que ligue adoptante y adoptado como si fueran padre o madre e hijo”<sup>16</sup>.

“La adopción se constituye como adopción, pero deviene en filiación. Es propiamente la filiación adoptiva”<sup>17</sup>. Puede decirse así, que la “filiación adoptiva es una filiación puramente jurídica, que reposa sobre la presunción de una realidad no biológica, sino afectiva: a petición de una persona, el derecho establece artificialmente entre ella y otra persona una relación de padre (o madre) e hijo”<sup>18</sup>.

El profesor Corral Talciani destaca que la realidad esencial de la filiación es la que se produce, a través de la procreación natural. La filiación adoptiva es una filiación análoga, en cierta medida artificial, que viene a funcionar cuando el vínculo filiativo biológico no genera el ámbito adecuado para la crianza y desarrollo del hijo. Es por eso que la ley, en caso de necesidad, pueda justificar que se construya una filiación análoga, que nunca es completamente idéntica, a

---

<sup>15</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. “*El Sistema Filiativo Chileno*”, op. cit., p. 235.

<sup>16</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. “*Adopción y Filiación Adoptiva*”, op. cit., p. 34.

<sup>17</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. “*Adopción y Filiación Adoptiva*”, op. cit., p. 34.

<sup>18</sup> CARBONNIER, Jean. “*Droit civil II. La famille*”. Puf, 18ª edic. 1997, p. 479.

la biológica o natural. De allí, la excepcionalidad de la adopción filiativa, que establece similitud con la filiación propiamente tal. En este sentido, la adopción es siempre un remedio que pretende solucionar un mal previo: el abandono de un menor que no puede solucionarse por la vía de los vínculos parentales por naturaleza.<sup>19</sup>

De esta forma, la adopción se ha definido como “una filiación exclusivamente jurídica que descansa no sobre la verdad biológica, sino sobre una realidad afectiva”<sup>20</sup> o “como el acto jurídico en cuya virtud se establece entre adoptante y adoptado una relación semejante a la paternidad – filial”<sup>21</sup>

También se señala que la adopción es una medida social y legal de protección del menor.<sup>22</sup>

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define actualmente la adopción como “el acto de adoptar” y a este último verbo como: “tomar legalmente en condición de hijo al que no lo es biológicamente”, como primera acepción.

Durante la tramitación de la Ley N° 19.620 se discutió si debía definirse la adopción. Finalmente, se pensó que ello no era necesario porque era suficiente el sentido natural y obvio que tenía la palabra adopción en la lengua castellana, de lo que da prueba la definición del Diccionario de la Real Academia<sup>23</sup>.

Sin embargo, para definir el concepto de adopción en nuestro ordenamiento jurídico chileno vigente, debemos considerar los elementos contenidos en el artículo 1° de la ley N° 19.620. La adopción, señala este artículo, “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

---

<sup>19</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. “Adopción y Filiación Adoptiva”, op. cit., pp. 34 y 35.

<sup>20</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. “El Sistema Filiativo Chileno”, op. cit., p. 222. (RUBBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. “Droit de la famille”, Dalloz, París, 1996, p.493.)

<sup>21</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. “El Sistema Filiativo Chileno”, op. cit., p. 223. (RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco en LACRUZ, José Luis y otros, “Elementos de Derecho Civil I”. Derecho de Familia, Bosch, 4ª edic., Barcelona, 1997, p.539).

<sup>22</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. “El Sistema Filiativo Chileno”, op. cit., p. 223. (Centro Internacional de Referencia para la Protección del Niño en la Adopción. Secretariado General del Servicio Social Internacional (SSI), Ginebra, noviembre de 1999.)

<sup>23</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, de 21 de octubre de 1998, en Diario de Sesiones, Sesión 5ª de 4 de noviembre de 1998, Legislatura 339ª extraordinaria (Anexo de Documentos), p. 509.

los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen.” E indica, el inciso segundo del mismo artículo, que: “la adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos que la presente ley establece”, estableciendo de esta forma el vínculo filiativo entre adoptante y adoptado.

De la lectura de este artículo 1º y del artículo 1º del Reglamento de la Ley, podemos extraer el siguiente concepto de adopción: “es la relación jurídica que se establece entre adoptante y 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 su familia de origen”.<sup>24</sup>

### 2.1.3.- Características de la adopción:

#### 1.- Institución de orden público:

Las normas que regulan la adopción son imperativas e inderogables por la voluntad de los particulares. Los consentimientos que contempla la ley, como el de los padres biológicos, el del menor susceptible de adopción, y por cierto el de los adoptantes, no son consentimientos negociables. Son presupuestos de hecho exigidos como requisitos para la activación de un interés público<sup>25</sup>.

Asimismo, las normas que establecen los requisitos para la adopción son normas imperativas para el juez, sea respecto del adoptado como para los adoptantes. No puede el juez eludir su cumplimiento so pretexto de que en el caso particular el interés del menor exige una solución distinta a la establecida en la ley. De esta forma, “valorar la conveniencia de la adopción para el menor en un caso concreto, es una tarea que el juez debe asumir una vez que ha

---

<sup>24</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. “*El Sistema Filiativo Chileno*”, op. cit., p. 223.

<sup>25</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. “*Adopción y Filiación Adoptiva*”, op. cit., p. 42.



establecido la procedencia de la adopción de acuerdo con los requisitos exigidos por la ley”<sup>26</sup>

## 2.- Judicialidad de la adopción:

La adopción deber ser decretada por sentencia judicial, según lo establece el artículo 26 de la Ley 19.620. Son los órganos jurisdiccionales competentes los encargados tanto de declarar la susceptibilidad de adopción como de constituirla, ya que la adopción es un acto jurídico de carácter judicial.

Lo anterior, no quiere decir, como dice el profesor Corral Talciani, que el consentimiento de los interesados no tenga una función, incluso esencial.

Así, la voluntad de los adoptantes debe expresarse en la solicitud de adopción (artículo 23 inciso 3º Ley 19.620: “La solicitud de adopción deberá ser firmada por todas las personas cuya voluntad se requiera según lo dispuesto por los artículos 20, 21 y 22.”). Es, sin duda un elemento determinante en la adopción la voluntad expresada de los adoptantes de asumir la responsabilidad de la crianza, educación y cuidado que satisfaga las necesidades integrales del adoptado.

Asimismo, debe considerarse la opinión del NNA, por lo que el artículo 3, inciso 1º de la ley 19.620 establece que: “Durante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez”. Respecto al menor adulto, continúa el inciso 2º del artículo 3: “será necesario su consentimiento, que manifestará expresamente ante el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción, en relación con la posibilidad de ser adoptado, y en el curso del procedimiento de adopción, respecto de la solicitud presentada por el o los interesados”.

Sin embargo, agrega el profesor Corral “no creemos, que estas exigencias sean concesiones a la concepción contractualista de la adopción, ya que no se trata de consentimientos negociables, sino presupuestos procesales para la

---

<sup>26</sup> FANZOLATO, Eduardo. “El Derecho de Familia en los países del Mercosur”, en *Derecho de Familia* Nº 13, 1998, p. 46.

procedencia de la sentencia de adopción. Incluso la ley prevé que, de manera excepcional, el juez ordene proseguir el procedimiento aún cuando el menor a adoptar de haya manifestado renuente a esa posibilidad (artículo 3 Ley N° 19.620)<sup>27</sup>.

En cuanto a este derecho del niño, niña o adolescente a dar su opinión, la profesora Maricruz Gómez De la Torre señala que: “es un derecho del menor en función de su edad y grado de madurez y del menor adulto a dar su opinión respecto a su adopción”. Sin embargo, “la ley no determina a partir de qué edad deber ser consultado ni cuando se tiene madurez. Para determinarlo, es necesario distinguir si se trata de un menor adulto o de un niño”.

“Si estamos frente a un niño, será necesario hacer una valoración psicológica. Si se trata de un menor adulto, es necesario contar con su consentimiento, que se manifestará expresamente, en forma personal ante el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción y en el curso del procedimiento de la adopción”.<sup>28</sup>

La ley establece una excepción, al permitir que, en caso de negativa del menor adulto a la adopción, el juez la considere conveniente y la otorgue. En tal caso, el juez deberá dejar constancia de las razones que invoque el menor y fundamentará los motivos por los que la otorga. Estos motivos deben estar sustentados en el interés superior del menor (artículo 3, inciso 2° Ley N° 19.620).

Mediante esta norma no se estaría vulnerando la Convención sobre los Derechos del Niño, por cuanto ésta no obliga al juez a seguir la opinión del menor, sino solamente a escucharla y tenerla en consideración al momento de resolver. El artículo 12.1 de la CDN dispone que: “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. El artículo 12.2 agrega que: “Con tal fin se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judiciales o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un

---

<sup>27</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. “Adopción y Filiación Adoptiva”, op. cit., p. 43.

<sup>28</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. “El Sistema Filiativo Chileno”, op. cit., p. 230.

representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Aquí nos encontramos frente a dos posibles situaciones señala la profesora Gómez De la Torre. “Una sería que el menor adulto se niegue a ser adoptado, pero el juez otorgue la adopción en razón del interés de éste, asumiendo que la opinión del menor no es una opinión válida, porque le faltaría experiencia.

Sin duda, aquí hay un problema límite, pues también parece contradictorio que la ley otorgue al menor el derecho a expresar su opinión para después no tomarla en cuenta. Se prescinde de la voluntad de éste para romper los vínculos con su familia biológica y se le obliga a crearlos con una familia que no desea, teniendo, según la ley, voluntad para expresar y faltándole sólo la experiencia. Además, cabe imaginar lo que va a ser para la familia adoptante recibir como hijo a un adolescente o menor adulto que no quiere ser adoptado. Las relaciones entre ellos pueden ser sumamente conflictivas.

La otra situación se produce cuando el niño quiere ser adoptado por el marido de la madre o por la mujer del padre y la familia biológica del menor se opone a la adopción. Podemos estar en una situación en la que la voluntad del menor esté influenciada por la madre o el padre”<sup>29</sup>.

Por su parte, la Ley N° 19.968 en su artículo 16, inciso 2°, señala que el derecho del niño a ser oído es un principio rector *“que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”*.

### 3.- Subsidiariedad:

La ley prevé la adopción como una institución subsidiaria o supletoria y no como alternativa a la filiación biológica. Así queda de manifiesto en los artículos 1 y 15 inciso 2° de la Ley 19.620, este último establece que: “El juez resolverá acerca de la veracidad de los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado, en

---

<sup>29</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *“El Sistema Filiativo Chileno”*, op. cit., pp. 230 y 231.

especial la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del mismo en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él”; y el artículo 8º del Reglamento (DS N° 944 del Ministerio de Justicia de 18 de noviembre de 1999, publicado en el Diario Oficial del 18 de marzo del 2000, por el cual se aprueba el Reglamento de la ley N° 19.620), el cual dispone que: “El programa de apoyo y orientación a la familia de origen del menor tendrá como objetivo fundamental constatar si ésta podría procurarle los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, de modo que, de no ser así, sus padres o aquél que lo haya reconocido en su caso preste su consentimiento en forma libre y responsable luego de haber sido debidamente informados de las consecuencias de su decisión y, en especial, de su irrevocabilidad, así como del procedimiento a seguir, en conformidad con los objetivos definidos para la adopción en el artículo 1º de la ley 19.620, y en el artículo 21 letra a) de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”<sup>30</sup>.

En consecuencia, la adopción sólo puede verificarse si la familia biológica no está determinada por ser desconocida, o estando determinada, ésta es incapaz de resguardar los derechos del niño, que permitan su desarrollo espiritual y material.

#### 4.- Gratuidad.

La adopción excluye el lucro, es una relación afectiva que se construye en base a necesidades complementarias, por un lado, la del NNA adoptado de vivir en una familia que garantice su crianza y realización personal, espiritual y material<sup>31</sup>, y por el otro, la de los adoptantes a realizar su sueño de ser padres.

En este sentido, la ley castiga al que solicita o acepta una contraprestación para facilitar la entrega de un menor en adopción, el artículo 42

---

<sup>30</sup> Art. 21 letra a) de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y; a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;”.

<sup>31</sup> Artículo 1º Reglamento Ley de Adopción, Decreto N° 944 de 2000: “Las disposiciones del presente Reglamento se aplicarán considerando siempre el interés superior del niño. Dicho interés superior considerará su realización personal, espiritual y material, y el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de modo conforme a la evolución de sus facultades.”

de la ley 19.620 señala que: “El que solicitare o aceptare recibir cualquier contraprestación por facilitar la entrega de un menor en adopción será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de diez a quince unidades tributarias mensuales. El funcionario público que incurriere en alguna de las conductas descritas en el presente artículo será sancionado de conformidad al inciso anterior, si no le correspondiere una pena superior de conformidad a lo dispuesto en los párrafos 4º y 9º del título V del libro II del Código Penal.”.

Lo anterior, es sin perjuicio de lo establecido en el artículo 43 de la misma ley, al señalar que “no será aplicable a aquellas personas que legítimamente solicitaren o aceptaren recibir una contraprestación por servicios profesionales que se presten durante el curso de los procedimientos regulados en esta ley, sean éstos de carácter legal, psicológico, psiquiátrico u otros semejantes”.

#### 5.- Irrevocabilidad:

La irrevocabilidad es una consecuencia más de la imitación intensa que hace la filiación adoptiva de la filiación por naturaleza. Así como ésta no puede cancelarse, revocarse o resolverse por ingratitud, indignidad, etc., tampoco procede dejar sin efecto la adopción filiativa, cualquiera que sea el comportamiento posterior de adoptantes y adoptado.

No obstante, como la adopción se constituye por acto jurídico, la irrevocabilidad es, sin perjuicio de la posibilidad de que se declare nulo dicho acto. Así lo establece el artículo 38 de la Ley 19.620: *“La adopción es irrevocable. Con todo, el adoptado, por sí o por curador especial, podrá pedir la nulidad de la adopción obtenida por medios ilícitos o fraudulentos. La acción de nulidad prescribirá en el plazo de cuatro años contado desde la fecha en que el adoptado, alcanzada su plena capacidad, haya tomado conocimiento del vicio que afecta a la adopción.”.*

Sin embargo, señala el profesor Hernán Corral, “la nulidad que la ley parece poner como excepción a la irrevocabilidad no es tal. En efecto, en ese caso se trata de la constitución anómala de una adopción que fue viciada en su origen y que, por consecuencia, no ha producido realmente el vínculo entre

adoptante y adoptado. La sentencia que declara nula una adopción constata la ausencia de adopción jurídicamente constituida”<sup>32</sup>.

La nulidad de la adopción se aplica de manera restrictiva y excepcional, ya que se prefiere la certeza de un orden social, de esta forma, la “Comisión de Constitución del Senado estimó acertado el carácter restrictivo con que está concebida la disposición”.<sup>33</sup>

En cuanto a las causales, como hemos dicho, el artículo 38 inciso 1º de la Ley N° 19.620 señala que procede la nulidad cuando ha sido obtenida por “medios ilícitos o fraudulentos”, es decir, cuando se ha consumado por comisión de los delitos previstos en los artículos 41<sup>34</sup> y 42 de la ley 19.620.

---

<sup>32</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. *“Adopción y Filiación Adoptiva”*, op. cit., p. 151.

<sup>33</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. *“Adopción y Filiación Adoptiva”*. op. cit., p. 152.

<sup>34</sup> Artículo 41 Ley 19.620: *“El que, con abuso de confianza, ardid, simulación, atribución de identidad o estado civil u otra condición semejante, obtuviere la entrega de un menor para sí, para un tercero o para sacarlo del país, con fines de adopción, será sancionado con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de diez a veinte unidades tributarias mensuales”*.

## **2.2.- Susceptibilidad de Adopción: procedimiento obligatorio, previo y contencioso.**

El Título II de la Ley 19.620 contempla los procedimientos previos a la adopción, los cuales, por regla general, son contenciosos.

Este procedimiento previo es un requisito de la esencia u obligatorio en un proceso de adopción, es por esto que “no puede iniciarse un proceso de adopción sin que haya quedado a firme la resolución judicial que declara susceptible de ser adoptado al menor que se desea adoptar”.<sup>35</sup>

En este sentido, es claro señalar que sin un juicio de susceptibilidad acreditado por un juez de familia no puede haber adopción, ya que adolecería de nulidad tanto el proceso como la sentencia que la otorgue, por haber sido dictada por medios ilícitos o fraudulentos como lo señala el artículo 38 de la ley 19.620. Sin embargo, cabe tener presente que existen dos excepciones a esta regla general:

1.- El artículo 9 N° 5 párrafo 2: Respecto del padre o madre que cumplió el plazo para retractarse y no lo hizo, se deberá declarar la susceptibilidad aunque falten antecedentes: *“No podrá suspenderse el desarrollo de la audiencia de juicio ni decretarse su prolongación en otras sesiones por la circunstancia de que, hasta el día previsto para su realización, no se hayan recibido los informes u otras pruebas decretadas por el tribunal”*.

2.- El artículo 11 inciso 1º: Es el caso en que la persona que solicita la adopción es la madre con su cónyuge y que el niño no tenga reconocimiento paterno: *“En el caso del menor a que se refiere la letra b) del artículo 8º cuando uno de los cónyuges que lo quisieran adoptar es su padre o madre, y sólo ha sido directamente reconocido como hijo por él o por ella, se aplicará directamente el procedimiento previsto en el Título III.”* Nos encontramos en la denominada adopción por integración.

---

<sup>35</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. *“Adopción y filiación adoptiva”*, op.cit., p. 96.

Esta última excepción consagra el derecho a la identidad, concediendo la adopción al matrimonio, es por eso, que los solicitantes son la madre y su cónyuge.

En cuanto a los procedimientos, el artículo 2 de la ley 19.620 dispone que: *“La adopción se sujetará, en cuanto a su tramitación, a las normas establecidas en esta ley y, en lo no previsto por ella, a las del Título III de la Ley que crea los Juzgados de Familia”.*

Luego, el artículo 13 al 17 de la Ley 19.620 establece el procedimiento de susceptibilidad de adopción. El artículo 13 señala que el procedimiento que tenga por objeto declarar que un menor es susceptible de ser adoptado, se iniciará de oficio por el juez, a solicitud del Servicio Nacional de Menores o a instancia de las personas naturales o jurídicas que lo tengan a su cargo. De esta forma, el procedimiento se puede iniciar:

- a) De oficio por el juez competente (juez de letras con competencia en materias de familia, del domicilio del menor).
- b) Por instituciones públicas o privadas que tuvieren a su cargo al menor, en este caso la solicitud deberá ser presentada por sus respectivos directores.
- c) Por personas naturales o jurídicas, las primeras deberán acompañar a la solicitud el respectivo informe de idoneidad, a que se refiere el artículo 23<sup>36</sup>, que los habilite como padres adoptivos.
- d) En el caso de menores de filiación no determinada respecto de ninguno de sus padres, sólo podrá iniciar el procedimiento el Servicio Nacional de Menores o el organismo acreditado ante éste, bajo cuyo cuidado se encuentren.

Es interesante, respecto de este último punto precisar, que: “En los primeros proyectos se pensó en exceptuar del procedimiento previo de adoptabilidad a los menores que fueran hijos de filiación no determinada respecto de ambos padres. No obstante, en el Senado se advirtió que no necesariamente tales menores estaban en situación de desamparo que autoriza

---

<sup>36</sup> Artículo 23.3 de la Ley 19.620: *“Informe de evaluación de idoneidad física, mental, psicológica y moral del o los solicitantes, emitido por alguna de las instituciones aludidas en el artículo 6º.”.*



la adopción, por lo que era menester que se siguiera respecto de ellos el proceso que tiende a acreditar que se encuentren efectivamente privados de protección”<sup>37</sup>.

Es el mismo artículo 12 el que señala que las causales para declarar judicialmente la susceptibilidad deben acreditarse respecto de los padres, cuya filiación se encuentre determinada respecto del padre, la madre o ambos; y a falta de estos, respecto de las personas a quienes se les haya confiado su cuidado.

Recibida la solicitud de susceptibilidad de adopción, continúa el artículo 14 de la ley 19.620, el juez, a la brevedad posible, citará a los ascendientes y a los otros consanguíneos del menor, hasta el tercer grado en la línea colateral, siempre que la filiación estuviere determinada, para que concurran a la audiencia preparatoria a exponer lo que sea conveniente a los intereses de aquél, pudiendo oponerse a la solicitud, bajo apercibimiento de que, si no concurren, se presumirá su consentimiento favorable a la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado. Asimismo, deberá citarse al menor, en su caso, a la o las personas a cuyo cuidado esté y a todos quienes puedan aportar antecedentes para una acertada resolución del asunto, que hubieren sido mencionados en la solicitud.

La citación se notificará personalmente a los padres del menor, y por carta certificada a las demás personas; todo ello, en cuanto tuvieren domicilios conocidos. Para este efecto, si no se conocieran los domicilios, el tribunal requerirá, en los términos a que se refiere el párrafo segundo del número 2 del artículo 9<sup>o</sup><sup>38</sup>, al Servicio Electoral y al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informen, dentro de quinto día, el último domicilio de dichas personas que conste en sus registros. De no establecerse el domicilio de alguna de ellas, o de no ser habido en aquel que hubiere sido informado, el juez ordenará de inmediato

---

<sup>37</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. “Adopción y filiación adoptiva”, op. cit., p. 96.

<sup>38</sup> Párrafo segundo del N° 2 del art. 9 Ley 19.620: “La citación se notificará personalmente, si el padre o la madre tiene domicilio conocido. Para este efecto, si no se conociera el domicilio, al proveer la solicitud, el tribunal requerirá al Servicio Electoral y al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informen, dentro de quinto día, el último domicilio de dicha persona que conste en sus registros. De no establecerse el domicilio, o de no ser habido en aquél que hubiere sido informado, la notificación se efectuará por medio de aviso que se publicará en el Diario Oficial conforme a lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto del artículo 14”.

que la notificación se efectúe por medio de un aviso que se publicará gratuitamente en el Diario Oficial el día 1 o 15 de un mes o el día hábil siguiente si aquél fuese feriado. De igual forma se citará a los ascendientes y consanguíneos del menor de edad cuya filiación no esté determinada. El aviso deberá incluir el máximo de datos disponibles para la identificación del menor.

La notificación se entenderá practicada tres días después de la publicación del aviso.

A las personas que no comparecieren se las considerará rebeldes por el solo ministerio de la ley, y respecto de ellas las siguientes resoluciones surtirán efecto desde que se pronuncien.

La audiencia preparatoria y la audiencia de juicio se llevarán a cabo en los términos que establecen los números 1<sup>39</sup> y 5<sup>40</sup> del artículo 9º, respectivamente. El juez resolverá acerca de la veracidad de los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado, en especial la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del mismo en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él. (art. 15 ley 19620). Los informes que se evacuen y rindan al respecto deberán solicitarse a alguno de los organismos a que se refiere el artículo 6<sup>041</sup>, pudiendo el tribunal estimar suficientemente acreditadas dichas circunstancias sobre su solo mérito.

Si no se dedujere oposición y se contare con los antecedentes de prueba suficientes para formarse convicción, el tribunal dictará sentencia en la audiencia preparatoria.

---

<sup>39</sup> Art. 9 Nº 1 Ley 19.620: “La audiencia preparatoria se llevará a cabo entre el décimo y el decimoquinto día posterior a la presentación de la solicitud. Al ratificar la declaración de voluntad, el juez informará personalmente a el o los solicitantes sobre la fecha en que vencerá el plazo con que cuentan para retractarse”.

<sup>40</sup> Art. 9 Nº 5 Ley 19.620: “En su caso, la audiencia de juicio se llevará a cabo dentro de los quince días siguientes a la audiencia preparatoria. Sin embargo, si el plazo de retractación a que se refiere el numeral 1 precedente estuviere pendiente a esa fecha, la audiencia de juicio se efectuará dentro de los cinco días siguientes a su vencimiento.”.

<sup>41</sup> Artículo 6º Ley 19.620: “Podrán intervenir en los programas de adopción sólo el Servicio Nacional de Menores o los organismos acreditados ante éste. La acreditación se otorgará únicamente a corporaciones o fundaciones que tengan entre su objeto la asistencia o protección de menores de edad, demuestren competencia técnica y profesional para ejecutar programas de adopción, y sean dirigidas por personas idóneas. La concesión o denegación de la acreditación se dispondrá por resolución fundada del Director Nacional del Servicio Nacional de Menores, motivada en la concurrencia o ausencia de todos los requisitos señalados; la suspensión o revocación procederá en caso de ausencia o pérdida de alguno de los requisitos indicados”.

La sentencia que declare que el menor puede ser adoptado se notificará por cédula a los consanguíneos que hayan comparecido al proceso, en el domicilio que conste en el mismo, salvo que sea posible efectuar la notificación en forma personal en la audiencia respectiva. Una vez ejecutoriada, será puesta en conocimiento del Servicio Nacional de Menores, para los efectos previstos en el artículo 5º. (art. 16 ley 19.620).

En cuanto a los recursos, el artículo 17 de la ley 19.620 establece que, contra la sentencia que declare al menor como susceptible de ser adoptado o la que deniegue esa declaración, procederá el recurso de apelación en el sólo efecto devolutivo. La sentencia recaída en procesos en que no sea parte el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante éste, que no se apelare, deberá elevarse en consulta al tribunal superior. Estas causas gozarán de preferencia para su vista y fallo. Ejecutoriada la sentencia que declara al menor susceptible de ser adoptado, el tribunal oficiará al Servicio Nacional de Menores para que lo incorpore en el correspondiente registro a que se refiere el artículo 5º<sup>42</sup>.

En cuanto a la competencia, el artículo 18 de la Ley 19.620 dispone que conocerá de los procedimientos previos a la adopción (Título II) y la adopción propiamente tal (Título III), el juez de letras con competencia en materias de familia, del domicilio o residencia del menor.

Se entenderá por domicilio del menor el correspondiente a la respectiva institución, si se encontrare bajo el cuidado del Sename o de un organismo acreditado ante éste. El tribunal ante el cual se hubiere incoado alguno de los procedimientos a que se refiere el presente artículo, será competente para conocer de las medidas de protección que se soliciten respecto del mismo menor. En su caso, si hubiese procesos de protección incoados relativos al menor, el juez ordenará acumularlos al de susceptibilidad o adopción, sin perjuicio de tener a la vista los antecedentes de los procesos terminados en relación al mismo.

---

<sup>42</sup> Artículo 5º Ley 19.620: *“El Servicio Nacional de Menores deberá llevar dos registros: uno, de personas interesadas en la adopción de un menor de edad, en el cual se distinguirá entre aquellas que tengan residencia en el país y las que residan en el extranjero; y otro, de personas que pueden ser adoptadas. El Servicio velará por la permanente actualización de esos registros. La sola circunstancia de que un menor de edad que puede ser adoptado o un interesado en adoptar no figure en esos registros no obstará a la adopción, si se cumplen todos los procedimientos y requisitos legales”.*

Por su parte, el artículo 19 de la Ley 19.620 dispone la posibilidad de que en los procedimientos previos regulados en el Título II de la Ley de Adopción, el juez pueda confiar el cuidado personal del menor a quienes hayan manifestado al tribunal su voluntad de adoptarlo y cumplan con los requisitos señalados en los artículos 20<sup>43</sup>, 21<sup>44</sup> y 22<sup>45</sup>. Para los efectos de resolver dicha solicitud, el juez citará a una audiencia para dentro de quinto día, debiendo concurrir los solicitantes con los antecedentes que avalen su petición. El procedimiento será reservado respecto de terceros distintos de los solicitantes.

La resolución que apruebe dicha solicitud producirá sus efectos sólo una vez ejecutoriada la sentencia que declare que el menor de edad es susceptible de ser adoptado. Excepcionalmente, mediante resolución fundada, podrá autorizarse el cumplimiento de dicha resolución durante el curso de dicho procedimiento, en los siguientes casos:

- a) Cuando se siga el procedimiento regulado en el artículo 9º, una vez certificado el vencimiento del plazo de treinta días a que se refiere su

---

<sup>43</sup> Art. 20 Ley 19.620: *“Podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones a que se refiere el artículo 6º, que sean mayores de veinticinco años y menores de sesenta, y con veinte años o más de diferencia de edad con el menor adoptado. Los cónyuges deberán actuar siempre de consuno en las gestiones que requieran de expresión de voluntad de los adoptantes. El juez, por resolución fundada, podrá rebajar los límites de edad o la diferencia de años señalada en el inciso anterior. Dicha rebaja no podrá exceder de cinco años. Los requisitos de edad y diferencia de edad con el menor no serán exigibles si uno de los adoptantes fuere ascendiente por consanguinidad del adoptado. Tampoco será exigible el mínimo de años de duración del matrimonio, cuando uno o ambos cónyuges estén afectados de infertilidad. En todo caso, no podrá concederse la adopción a los cónyuges respecto de los cuales se haya declarado la separación judicial, mientras esta subsista. En su caso, la reconciliación deberá acreditarse conforme lo dispone la Ley de Matrimonio Civil”.*

<sup>44</sup> Art. 21 Ley 19.620: *“En caso de que no existan cónyuges interesados en adoptar a un menor que cumplan con todos los requisitos legales o que sólo les falte el de residencia permanente en Chile, podrá optar como adoptante una persona soltera, divorciada o viuda, con residencia permanente en el país, respecto de quien se haya realizado la misma evaluación y que cumpla con los mismos rangos de edad y de diferencia de edad con el menor que se pretende adoptar. Este interesado deberá, además, haber participado en alguno de los programas de adopción a que se refiere el artículo 7º. Si hubiere varios interesados solteros o viudos que reúnan similares condiciones, el tribunal preferirá a quien sea pariente consanguíneo del menor, y en su defecto, a quien tenga su cuidado personal”.*

<sup>45</sup> Art. 22 Ley 19.620: *“Siempre que concurren los demás requisitos legales, podrá otorgarse la adopción al viudo o viuda, si en vida de ambos cónyuges se hubiere iniciado la tramitación correspondiente o, no habiéndose iniciado ésta, el cónyuge difunto hubiere manifestado su voluntad de adoptar conjuntamente con el sobreviviente. En estos casos, la adopción se entenderá efectuada por ambos cónyuges, desde la oportunidad a que se refiere el inciso segundo del artículo 37. La voluntad del cónyuge difunto deberá probarse por instrumento público, por testamento o por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de modo irrefragable. No bastará la sola prueba de testigos. Los cónyuges que hubieren iniciado la tramitación de una adopción podrán solicitar que ésta se conceda aun después de declarada su separación judicial o el divorcio, si conviene al interés superior del adoptado”.*

encabezamiento, sin que se haya producido la retractación de la voluntad de entregar al menor en adopción y no se haya deducido oposición.

- b) En los casos a que se refiere el artículo 12, desde el término de la audiencia preparatoria, en caso de que no se haya deducido oposición a que se declare que el menor es susceptible de ser adoptado. En su caso, se considerará especialmente la concurrencia de alguna de las presunciones que establece el artículo 12 de la ley 19.620.

En este último caso, el juez informará personalmente a los interesados acerca del estado del procedimiento, advirtiéndoles sobre la eventualidad de que, en definitiva, se deniegue la declaración del menor como susceptible de ser adoptado.

Por último, los menores cuyo cuidado personal se confíe a quienes hayan manifestado al tribunal su voluntad de adoptarlos serán causantes de asignación familiar, y en esa calidad podrán acceder a los beneficios previstos las leyes N° 18.469 de 1985<sup>46</sup> y N° 18.933 de 1990<sup>47</sup>, según el caso, y los otros que les correspondan.

---

<sup>46</sup> Ley N° 18.468 del Ministerio de Salud de 1985, que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud.

<sup>47</sup> Ley N° 18.933 del Ministerio de Salud de 1990, que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud

### **2.3.- Análisis de las causales de susceptibilidad de adopción.**

El artículo 8º de la ley, establece las causales por las cuales las personas menores de 18 años pueden ser adoptadas, señalando las siguientes:

*“a) El menor cuyos padres no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él y que expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el juez competente.*

*b) El menor que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes, de conformidad al artículo 11.*

*c) El menor que haya sido declarado susceptible de ser adoptado por resolución judicial del tribunal competente, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 12 y siguientes.”.*

De la lectura del artículo 8º se aprecia que sólo se contemplan dos causales, aunque se dispongan tres numerales, donde el verbo rector y comunicante entre la letra a) y c) dice relación con el abandono o desamparo del niño, niña o adolescente (NNA).

En efecto, la causal de la letra a) se refiere más que a la entrega voluntaria de los padres, a su falta de capacidad para hacerse cargo responsablemente de su hijo. “Es evidente que no puede admitirse que los padres biológicos renuncien a sus derechos y responsabilidades frente al nacimiento de un hijo. Extrapolar la eficacia de la voluntad de los progenitores haciendo de ella el factor único para autorizar un reemplazo de padres que reciben al niño significaría que el hijo es tratado como un objeto de intercambio. De esta manera, la voluntad de entrega de un menor no es el elemento en sí determinante que permita legitimar una adopción. A ello se opone el principio y el derecho que le asiste al niño a conservar su identidad y familia biológica. Lo relevante es que los padres biológicos estén incapacitados de manera grave y permanente de hacerse cargo convenientemente del menor”<sup>48</sup>. “La voluntad no tiene un sentido negocial, sino probatorio: los padres admiten que el menor no puede ser cuidado por su familia de origen. Por eso la ley coloca la voluntad de entrega como un elemento

---

<sup>48</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. “Adopción y filiación adoptiva”, op.cit., pp. 82 y 83.

secundario respecto de lo principal que debe concurrir para admitir la adopción: que se trate de un menor “*cuyos padres no se encuentren capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él y que expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el juez competente*” (art. 8.a, ley N° 19.620).<sup>49</sup>.

Resuelto que la incapacidad de los padres es lo determinante en la causal de la letra a) del artículo 8°, es que resulta entonces similar a la causal de la letra c) del mismo artículo, que expresa la susceptibilidad de adopción en las situaciones descritas en el artículo 12° de la misma ley, las cuales dicen relación nuevamente con la incapacidad de los padres para hacerse cargo responsablemente de su hijo. Estas situaciones son: a) la inhabilidad física o moral de los padres (art. 12 N° 1); b) falta de atención personal, afectiva y económica (art. 12 N° 2); y c) la entrega del menor con ánimo de liberarse de las obligaciones paternas (art. 12 N° 3).

La adoptabilidad del menor en el caso del artículo 8 letra a) se rige por lo señalado en los artículos 9 y 10 de la ley 19.620, y la susceptibilidad del menor en el caso del artículo 8 letra c) se substanciará de conformidad con las normas contempladas en los artículos 12 a 17 de la misma ley, que es donde centraremos el análisis de esta investigación.

“La ley no habla de declaración de adoptabilidad, sino de “resolución que declare que el menor puede ser adoptado” (art. 9.4 ley 19.620) en caso de entrega voluntaria del menor, y de “declaración judicial de que el menor es susceptible de ser adoptado” (art. 12 ley 19.620) para los supuestos de desamparo legalmente tipificados<sup>50</sup>. Como señala el profesor Hernán Corral: “En realidad, el contenido y objeto de la resolución es el mismo: el declarar que un menor se encuentra en condiciones de ser adoptado, para así posibilitar la substanciación del proceso formal de adopción. Podemos, entonces, hablar de la existencia de una genérica declaración de adoptabilidad. No obstante, las causales y el procedimiento por el que procede son diversos.”<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. “*Adopción y filiación adoptiva*”, op. cit., p. 83.

<sup>50</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. “*Adopción y filiación adoptiva*”, op. cit., p. 95.

<sup>51</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. “*Adopción y filiación adoptiva*”, op. cit., p. 95.

Uno de los intereses de esta investigación es conocer los criterios estipulados por ley, que fundamentan la procedencia de la susceptibilidad de adopción, para eso el artículo 12 de la ley 19.620, señala que: *“Procederá la declaración judicial de que el menor es susceptible de ser adoptado, sea que su filiación esté o no determinada, cuando el padre, la madre, o las personas a quienes se haya confiado su cuidado se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:*

- 1. Se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal, de conformidad al artículo 226 del Código Civil.*
- 2. No le proporcionen atención personal o económica durante el plazo de dos meses. Si el menor tuviera una edad inferior a un año, este plazo será de treinta días. No constituye causal suficiente para la declaración judicial respectiva, la falta de recursos económicos para atender al menor.*
- 3. Lo entreguen a una institución pública o privada de protección de menores o a un tercero, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales. Los casos de abandono del menor en la vía pública, en lugar solitario o en un recinto hospitalario, se entenderán comprendidos dentro de la causal de este número. En dichos casos se presumirá el ánimo de entregar al menor en adopción por la sola circunstancia del abandono. Se presume ese ánimo cuando la mantención del menor a cargo de la institución o del tercero no obedezca a una causa justificada, que la haga más conveniente para los intereses del menor que el ejercicio del cuidado personal por el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado. Se presume, asimismo, cuando dichas personas no visiten al menor, por lo menos una vez, durante cada uno de los plazos señalados en el número precedente, salvo causa justificada. Para este efecto, las visitas quedarán registradas en la institución. Los que reciban a un menor en tales circunstancias, deberán informar al juez competente del hecho de la entrega y de lo expresado por el o los padres, o por las personas que lo tenían a su cuidado.”*

Complementa lo dispuesto en el artículo 12 N° 1, el Código Civil en su artículo 226, que a propósito del cuidado personal, trata la inhabilidad parental, refiriéndose al caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, a fin de velar



primordialmente por el interés superior del niño, conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2 del mismo código.

Los criterios o circunstancias que contempla el artículo 225-2 son las siguientes:

- a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.
- b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
- c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.
- d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.
- e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- f) La opinión expresada por el hijo.
- g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
- h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
- i) El domicilio de los padres.
- j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.

Asimismo, el artículo 42 de la Ley de Menores N° 16.618 le entrega contenido al artículo 226 del Código Civil: “Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

1° Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;

- 2° Cuando padecieren de alcoholismo crónico;
- 3° Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;
- 4° Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;
- 5° Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores.
- 6° Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad; y
- 7° Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.”

Todos estos criterios que ha señalado el legislador, para la declaración de susceptibilidad, deben ponderarse, estimarse y conjugarse por el juez, lo cual no es una tarea simple si se debe integrar, además de manera casuística, la aplicación fundada de los principios involucrados en la adopción, no existiendo en consecuencia, un criterio uniforme ni sistemático de apreciación jurisdiccional que permita una certeza jurídica.

Revisadas estas normas de orden público en materia de adopción, es que este proceso investigativo pretende determinar las falencias en el procedimiento de susceptibilidad, las cuales estarían afectando directamente los principios fundamentales de los niños, niñas y adolescentes (NNA) que contempla la legislación nacional y las convenciones internacionales ratificadas por nuestro país.

En consecuencia, resulta interesante integrar algunas decisiones judiciales que nos ilustran en determinadas materias sobre la susceptibilidad de adopción, en relación a las causales del artículo 12 de la Ley N° 19.620.

Si la filiación está determinada, la concurrencia de las causales debe acreditarse respecto de sus padres. Así se ha sentado que: “Las causales por las que puede proceder la declaración de susceptibilidad de adopción, son la inhabilidad física o moral, la falta de atención personal, afectiva y económica y

la entrega a una institución o a un tercero con ánimo de liberarse de las obligaciones paternas. Estas causales deben acreditarse respecto de los padres, si la filiación se encuentra determinada.” (C. de Apelaciones de Rancagua, 6 de septiembre de 2005, cons. 1º, Legal Publishing: CI/Jur/7267/2005, Rol N° 628-2005)<sup>52</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia respecto de la primera causal, esto es, cuando el padre, la madre, o las personas a quienes se haya confiado su cuidado se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal, de conformidad al artículo 226 del Código Civil, se ha referido a los siguientes aspectos:

- a) Su estructura está definida con el artículo 226 del Código Civil y artículo 42 de la Ley N° 16.618.

La Excm. Corte Suprema ha advertido: “Que resulta útil señalar, que la declaración judicial para que un menor sea susceptible de ser adoptado por la causal del numeral 1º del artículo 12 de la Ley de Adopción, conforme a la remisión que hace el legislador al artículo 226 del Código Civil, se vincula al artículo 42 de la Ley N° 16.618, que dispone, en lo pertinente: “Para efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral: 3º) Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo; y 7º) Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material” (C. Suprema, 6 de julio de 2015, cons. 5º, Legal Publishing: CI/Jur/3812/2015, Rol N° 31946-2014).<sup>53</sup>

- b) La inhabilidad física o moral constituye una cuestión de mérito, que han de calificar los jueces de la instancia.

En este sentido se ha pronunciado la Excm. Corte Suprema: “Es menester señalar que la inhabilidad física o moral de los padres para ejercer el cuidado de sus hijos – a que se refiere el citado artículo 12, en su numeral 1º- es una cuestión de mérito, que deben calificar los jueces

---

<sup>52</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia” Quinta Edición actualizada, Editorial Thomson Reuters, p. 632.

<sup>53</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., pp. 632 y 633.

de la instancia, a la luz del caso concreto, lo que en la especie está dado por la evaluación del comportamiento de la madre durante un período de tiempo determinado y la incidencia que éste ha tenido en el desarrollo de sus hijas, las que a su corta edad han vivenciado, según los sentenciadores, desapego afectivo y falta de un referente estable y protector, que urge ser remediado. En ese contexto, no es posible exigir un estándar fijo o específico para estimar que concurre la inhabilidad de los padres, por lo que debe desestimarse el yerro denunciado”. (C. Suprema, 22 de diciembre de 2014, cons. 5º, Legal Publishing: CI/Jur/9725/2014, Rol N° 8204-2014)<sup>54</sup>.

- c) La inhabilidad, física o moral para ejercer el cuidado personal debe ser grave y permanente.

En este sentido se ha estimado que: “En relación a la primera de las inhabilidades, tanto física como moral, podemos entender por ellas aquellas que enumera el artículo 42 de la Ley N° 16.618, las que deben ser graves y permanentes, aún cuando el artículo 12 de la Ley N° 19.620 no lo señale expresamente: el interés superior del menor y el principio de prioridad de la familia biológica, permiten exigir que el juez sólo de por acreditada esta causal cuando se trate de inhabilidad grave y permanente”. (C. de Apelaciones de Rancagua, 6 de septiembre de 2005, N° Legal Publishing: 32856)<sup>55</sup>.

- d) No constituye inhabilidad moral el hecho de que el padre esté privado de libertad cumpliendo una pena.

Así se ha declarado que: “Si bien el padre se encontraba cumpliendo condena al momento de iniciarse la presente causa, ello no lo convierte en una persona moralmente inhábil en forma permanente, si atendemos a la función rehabilitadora de la pena, la cual a la fecha se encuentra cumpliendo en libertad” (C. de Apelaciones de Rancagua, 6 de

---

<sup>54</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 633.

<sup>55</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 633.

septiembre de 2005, cons. 2º, Legal Publishing: CI/Jur/7267/2005, Rol N° 628-2005)<sup>56</sup>.

- e) No constituye inhabilidad moral la conducta del padre hacia los profesionales que ha intervenido en los cuidados del menor.

Así se ha declarado que: “A juicio de esta Corte, no concurre en la especie ninguna de las circunstancias anotadas precedentemente, por cuanto, como ya se dejó establecido, el padre del menor ha estado presente en su vida en forma permanente, no habiéndose acreditado tampoco su inhabilidad física o moral. En efecto, no resulta suficiente para configurar esta causal la actitud desafiante y agresiva que según las profesionales informantes el padre mantiene en sus relaciones con ellas, por cuanto no se ha acreditado que esta conducta se repita o dirija respecto de su hijo al que nunca ha abandonado”. (C. de Apelaciones de Valparaíso, 9 de octubre de 2012, cons. 6º, Legal Publishing: CI/Jur/2257/2012)<sup>57</sup>.

Respecto de la segunda causal, esto es, cuando el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado el cuidado de niño, no le proporcionen atención personal o económica durante el plazo de dos meses. Si el menor tuviera una edad inferior a un año, este plazo será de 30 días; la jurisprudencia ha señalado:

- a) La falta de atención, en cuanto comprende el aspecto personal y afectivo, debe acreditarse como imputable a los padres.

En ese sentido se ha afirmado que: “En cuanto a la no proporción por parte de los padres la menor de la atención personal o económica como causal de declaración de susceptibilidad para ser éste adoptado, la ley no autoriza que la falta de recursos económicos para atender al niño sea causal suficiente para resolver favorablemente tal declaración y la falta de atención en cuanto comprende el aspecto personal y afectivo, debe estar acreditado de manera suficiente que ello es imputable a los

---

<sup>56</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 633.

<sup>57</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 633.

padres”. (C. de Apelaciones de Santiago, 28 de noviembre 2008, cons. 4º, Legal Publishing: CI/Jur/5540/2008, Rol N° 3677-2007)<sup>58</sup>. En un caso concreto se ha sentado que: “El interés superior del niño consiste en la plena satisfacción de sus derechos afectivos, económicos y de educación. En la especie los solicitantes cubren todas las necesidades de la niña y ella forma parte de una familia bien constituida, con fuertes lazos de cariño y protección, lo que no se observa con el padre biológico. Por consiguiente, al no haber prestado (...) atención personal, afectiva y económica a su hija por más de 4 años, se cumple en la especie la situación prevista en el N°2 del artículo 12 de la Ley N° 19.620”. (C. Suprema, 14 de abril de 2008, cons. 10º, Legal Publishing: CI/Jur/7338/2008, Rol N° 1384-2008).<sup>59</sup>

b) La falta de recursos económicos para atender al menor no constituye causal suficiente.

Se ha advertido que: “Aún cuando, actualmente no podrían estar en condiciones de proporcionarle atención económica adecuada, esta sola circunstancia no constituye causa legal para la susceptibilidad de adopción. (C. de Apelaciones de Puerto Montt, 9 de julio de 2007, cons. 7º, Legal Publishing: CI/Jur/7056/2007, Rol N° 302-2007)<sup>60</sup>, entre otras razones, porque: “Con todo el artículo 9 N° 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece el derecho del niño a vivir junto a sus padres y que éste no sea separado de ellos contra la voluntad de éstos. En concordancia con esta norma, el numeral 3 del artículo 27 del citado Tratado, obliga a los Estados Partes, a tomar medidas apropiadas para ayudar a los padres a dar efectividad a este derecho, logrando así a favor de los menores un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, y en caso necesario, proporcionar asistencia”. (C. de Apelaciones de Puerto Montt, 9 de julio de 2007, cons. 11º, Legal Publishing: CI/Jur/7056/2007, Rol N° 302-2007)<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 633.

<sup>59</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 633.

<sup>60</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 634.

<sup>61</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 634.

c) La deficiencia de vivienda del padre no constituye causal suficiente.

En este ajustado sentido se ha declarado que: “No es posible considerar la deficiencia en su vivienda antigua y afectada por el sismo del año 2010, como causal suficiente para considerar un riesgo físico y moral del menor, pues según lo informan las mismas profesionales, éste nunca ha pernoctado en ese lugar y porque el propio inciso segundo del numeral 2 del artículo 12 antes transcrito, dispone que no constituye causal suficiente para estos efectos la falta de recursos económicos para atender al menor”. (C. de Apelaciones de Valparaíso, 9 de octubre de 2012, cons. 6º, Legal Publishing: CI/Jur/2257/2012)<sup>62</sup>.

Por último, respecto de la tercera causal, esto es, cuando el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado el cuidado de niño, entreguen al menor a una institución pública o privada de protección de menores o a un tercero, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales. Los casos de abandono del menor en la vía pública, en lugar solitario o en un recinto hospitalario, se entenderán comprendidos dentro de esta causal. La jurisprudencia, al respecto, ha señalado:

a) Exige para configurarse que se cumplan, copulativamente, sus presupuestos.

Se ha declarado que: “Respecto de la causal de haber los padres o las personas a las que se les haya confiado el cuidado del menor lo entregan a una institución de protección de menores o a un tercero con ánimo manifiesto de librarse de sus obligaciones legales, para su configuración estos requisitos deben cumplirse copulativamente y sólo se presume que hay ánimo de entrega cuando ésta no obedece a una causa justificada, que la haga más conveniente para los intereses del menor; o cuando el padre, la madre o los terceros, en su caso, a quienes se les confió el cuidado del menor, no lo visitan, por lo menos por una vez, durante el plazo de dos meses o en el plazo de treinta días, si el niño es menor de un año. Presunciones legales que desde luego

---

<sup>62</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 634.

admiten prueba en contrario que la desvirtúen.” (C. de Apelaciones de Santiago, 28 de noviembre 2008, cons. 5º, Legal Publishing: CI/Jur/5540/2008, Rol N° 3677-2007)<sup>63</sup>

b) Exigencia del ánimo manifiesto de desligarse de los deberes para con el menor.

Se ha afirmado, así, que: “Para la concurrencia de la tercera de las causales, se requiere que la entrega se haya hecho, no por necesidad, sino con el ánimo manifiesto de desligarse de los deberes para con el menor” (C. de Apelaciones de Rancagua, 6 de septiembre 2005, cons. 1º, Legal Publishing: CI/Jur/7267/2005, Rol N° 628-2005)<sup>64</sup>.

c) No se configura si los menores están sujetos a una medida de protección y bajo el cuidado de una institución o persona diversa a sus padres y que éstos hayan aceptado dicha situación.

En este sentido se ha entendido: “Que el hecho de que los menores se encuentren afectos a una medida de protección y bajo el cuidado de una institución privada o persona distinta de sus padres, ya que tal situación haya sido aceptada por éstos, no importa la configuración de la hipótesis legislativa contemplada en el número 3 del artículo 12 de la Ley N° 19.620, desde que, ésta exige el ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales; componente subjetivo, que estos sentenciadores no divisan en la conducta desplegada por los padres de los menores” (C. de Apelaciones de Puerto Montt, 9 de julio de 2007, cons. 8º, Legal Publishing: CI/Jur/7056/2007, Rol N° 302-2007)<sup>65</sup>

d) Del abandono del menor en la vía pública, lugar solitario o recinto hospitalario.

Sobre esta hipótesis se ha sostenido que: “La causal de abandono del menor en la vía pública, en lugar solitario o en un recinto hospitalario se entenderá comprendido del antes mencionado artículo 12 de la Ley N°

---

<sup>63</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 634.

<sup>64</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 634.

<sup>65</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 634.



19.620, y se presume el ánimo de entrega en adopción por la sola circunstancia del abandono del niño”. (C. de Apelaciones de Santiago, 28 de noviembre 2008, cons. 6º, Legal Publishing: CI/Jur/5540/2008, Rol N° 3677-2007).<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. *“Código de la Familia”*, op. cit., p. 634.

## 2.4.- Evaluación general de la Ley N° 19.620.

### 2.4.1.- Problemas de redacción y coherencia.

Existen imprecisiones presentes en la legislación que dificultan la tramitación de los procesos, y dan lugar a diversas interpretaciones. Por ejemplo:

- a) Se producen problemas a partir de los **plazos**, pues no se señala si son días hábiles o corridos. En efecto, el artículo 9 de la Ley 19.620, señala que: *“Tratándose de alguno de los menores a que se refiere la letra a) del artículo anterior, el padre o la madre que haya expresado su voluntad de entregarlo en adopción de conformidad al artículo 56, o ambos si fuere su caso, tendrán un plazo de treinta días para retractarse, contados desde la fecha en que hayan declarado esa voluntad ante el tribunal. Vencido este plazo, no podrán ejercitar tal derecho.”*

Por su parte, el artículo 10 de la Ley 19.620, incurre en la misma imprecisión respecto del plazo: *“El procedimiento a que se refiere el artículo anterior podrá iniciarse antes del nacimiento del hijo, sólo cuando sea patrocinado por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante éste. En tal caso, se efectuarán los trámites que correspondan, y sólo quedará pendiente la ratificación de la madre y la dictación de sentencia. En caso de no existir patrocinio, el tribunal remitirá los antecedentes al Servicio Nacional de Menores, suspendiendo la tramitación de la solicitud”.*

Dentro del plazo de treinta días, contado desde el parto, la madre deberá ratificar ante el tribunal su voluntad de entregar en adopción al menor. No podrá ser objeto de apremios para que ratifique y, si no lo hiciere, se la tendrá por desistida de su decisión.

El tema de la contabilización de los plazos persiste, sin perjuicio de la remisión que hace el artículo 2 de la Ley de Adopción al Título III de la Ley N° 19.968 del año 2004, que crea los Tribunales de Familia, la cual introduce en el artículo 125, modificaciones a la Ley de Adopción en varios de sus artículos, incluidos el 9° y el 10°.

A su vez, la Ley N° 19.968 en su artículo 27 dispone como normas supletorias, las disposiciones comunes a todo procedimiento establecidas en el Código de Procedimiento Civil, a menos que ellas resulten incompatibles con la naturaleza de los procedimientos que la Ley N° 19.968 establece, particularmente en lo relativo a la exigencia de oralidad.

La solución sería modificar el artículo 9 de la Ley 19.620 agregando en el actual inciso primero, el término “corridos” entre la palabra “días” y la expresión “para retractarse”.

- b) En algunos artículos de la Ley de Adopción, se efectúan **remisiones** innecesarias que sólo producen confusión y complican la interpretación de la ley. Por ejemplo: El artículo 9 inciso 1º, señala: *“Tratándose de alguno de los menores a que se refiere la letra a) del artículo anterior, el padre o madre que haya expresado su voluntad de entregarlo en adopción de conformidad al artículo 56....”*. El artículo 56 es un artículo inexistente en la Ley 19.620.

Asimismo, la remisión del artículo 8º letra b) con el artículo 11 de la ley de adopción es una reiteración innecesaria, que está contenida en ambos artículos, como la remisión de la letra c) del artículo 8º al artículo 12. A su vez, el artículo 11 es poco preciso y ambiguo en sus incisos 2º y 4º. El inciso 2º señala que: *“Si el hijo ha sido reconocido por ambos padres o tiene filiación matrimonial, será necesario el consentimiento del otro padre o madre, aplicándose, en lo que corresponda, lo dispuesto en el artículo 9º”*. Y el inciso 4º dispone: *“En caso que uno de los solicitantes que quieran adoptar sea otro ascendiente del padre o madre del menor, se aplicará el procedimiento establecido en los artículos 9º o 13º, según corresponda”*.

#### 2.4.2.- Problemas de sistematización.

Existe la necesidad de adecuar las normas del procedimiento a principios del moderno Derecho de Familia.

a) Actualmente, si bien encontramos en el art. 1º de la Ley de Adopción la mención al interés superior del adoptado, sin embargo no se reconoce el interés superior del NNA como un criterio en el art. 15 de la misma ley, en el cual se podría reemplazar la frase final “en especial a la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del mismo en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él.”, por la expresión “teniendo en especial consideración el interés superior del niño y las ventajas que la adopción representa para él.”.

b) En el artículo 20 de la actual Ley de Adopción, se indican los requisitos de los cónyuges chilenos y extranjeros con residencia permanente en Chile, a quienes podrá otorgarse la adopción de un niño, pero no se indica ninguna norma relativa a quienes hayan celebrado un AUC (Acuerdo de Unión Civil).

c) Se establecen distintos plazos según la edad de un hijo para considerarlo abandonado lo que lesiona el derecho a la igualdad del NNA (artículo 12 ley de adopción).

Además de la necesaria incorporación de los principios del Derecho de Familia en la Ley de Adopción, resulta imprescindible para la sistematización, que en el proceso de susceptibilidad y de adopción propiamente tal, se impidan inscripciones por reconocimiento al margen, que puedan generar vicios de nulidad. Esto se subsanaría, estableciendo una norma que establezca que una vez iniciado el proceso para la declaración de susceptibilidad de adopción de un niño con filiación determinada respecto de uno de los padres, se deberá oficiar al Registro Civil e Identificación ordenando la anotación de esta circunstancia, para impedir inscripciones por reconocimiento durante el procedimiento.

Por otro lado, debería establecerse un registro y estadísticas de adopciones frustradas, dejando constancia de esta situación en los registros de los solicitantes.

Por último, en los tiempos actuales cabe plantearse la situación de los niños migrantes en los supuestos del artículo 8º de la Ley de Adopción.

#### 2.4.3.- Problemas de dilación del procedimiento.

Existen diligencias excesivas exigidas para llevar a acabo el proceso de adopción que le restan celeridad al mismo. Parte de la investigación de este trabajo, ha sido entrevistar a jueces de tribunales de familia<sup>67</sup> para determinar cuales son los problemas prácticos al momento de aplicar la ley de adopción.

A propósito de la citación que debe hacer el juez a los ascendientes y consanguíneos del menor, hasta el tercer grado de la línea colateral, cuando no se sabe quiénes son éstos y no se encuentran identificados en la solicitud para que el menor sea declarado susceptible de ser adoptado, derivan varios problemas:

- a) No se tiene certeza de quienes son estos parientes.
- b) No se puede indagar de oficio el domicilio de estos parientes.
- c) Art. 14 inciso 3º da lugar a la notificación por “avisos”, y no existe consenso sobre el contenido de dicho oficio.
- d) En adopción por integración, se precisa inscribir al NNA con una filiación determinada en una nómina (art. 5 ley 19.620).

A modo de solución, se podría modificar el art. 14 en el inciso primero reemplazando la expresión “citará a los ascendientes y a los otros consanguíneos del menor, hasta el tercer grado en la línea colateral, siempre que la filiación estuviere determinada”, por la siguiente: “citará a los parientes del menor que hayan sido individualizados en la demanda, de acuerdo a lo establecido en los incisos siguientes...”.

Otra modificación en el artículo 14, sería introducir en el inciso tercero, para reemplazar la frase “El aviso deberá incluir el máximo de datos disponibles para la identificación del menor”, por la siguiente: “El aviso deberá incluir los apellidos del menor, la individualización de la causa y el objeto de la citación.”

---

<sup>67</sup> Entrevista realizada a la Magistrado Sra. María Paz Gutiérrez Adasme, Jueza Titular del Juzgado de Familia de Pudahuel y a la Magistrado Sra. Adriana Celedón Bulnes, Jueza Titular del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago.

Por último, otra modificación sería respecto del artículo 9º numeral 2, en el párrafo segundo entre las expresiones “al proveer la solicitud, el tribunal” y “requerirá al Servicio Electoral...”: “podrá actuar de oficio incorporando este dato, de acuerdo, a los sistemas de información propios o en línea que posea”.

Asimismo, debería validarse la información que los tribunales de familia recogen respecto al domicilio de los padres, a través de su conexión en línea con el Registro Civil y otros organismos, para sí acceder con mayor rapidez al domicilio donde deben efectuarse las notificaciones en el proceso.

### **3.- Segunda Parte: Principios involucrados en el procedimiento de susceptibilidad de adopción**

#### **3.1.- Los principios y su función en el moderno Derecho de Familia. Interpretación normativa y aplicación jurisprudencial.**

Los principios del Derecho de Familia ponen de manifiesto la influencia e incorporación de los derechos humanos en esta rama del derecho.

El profesor Lepin señala en su libro sobre Derecho Familiar Chileno que: “El sistema normativo del Derecho Familiar ha cambiado, ya no se trata de un conjunto de reglas que determinan el comportamiento de cada integrante del grupo familiar, sino de normas que tienen un contenido más abierto, que permite un rango de acción a los jueces para decidir los conflictos familiares. Se ha pasado de una etapa en que el legislador pretendía preverlo todo a un sistema en que el legislador ha depositado la confianza en el juez de familia para que, sobre la base de determinados principios, como el interés superior del niño, pueda resolver los conflictos familiares de una manera adecuada para cada caso en particular. Las transformaciones del Derecho de Familia han determinado un cambio radical en sus principios, algunos de los cuales tienen un rol más activo que el tradicional rol de interpretación de las normas jurídicas, normalmente deducidos de la historia de la ley o de su articulado. En la actualidad han surgido otros principios que son fuente de derecho sustantivo y que son verdaderos mandatos dirigidos a los jueces de familia para resolver un caso en particular, como ocurre con el interés superior del hijo.”<sup>68</sup>

Los principios y su permanente incorporación al derecho de familia evidencian una evolución progresiva de nuevos conceptos en el derecho y una representación de las ideas imperantes en la sociedad en una temporalidad determinada.

El profesor Lepin señala en la Revista Chilena de Derecho Privado<sup>69</sup> que “los actuales principios del Derecho de Familia son fruto, entonces, de la incorporación de las progresivas reformas enunciadas...”, donde por supuesto

---

<sup>68</sup> LEPIN MOLINA, Cristián. “*Derecho Familiar Chileno*”, Editorial Thomson Reuters, Primera Edición, 2017, p. 49.

<sup>69</sup> LEPIN MOLINA, Cristián. “Los nuevos principios del Derecho de Familia”, op. cit. p. 12.

menciona la Ley 19.620 sobre adopción de menores, "...las que han sido generadas a la luz de los tratados sobre derechos humanos". Al efecto, cabe mencionar aquellas convenciones que, ratificadas por Chile, dicen relación directa con la adopción, sin perjuicio que más adelante, en la tercera parte de este trabajo, revisaremos las convenciones internacionales en su totalidad, respecto a la protección de la familia y el niño, niña o adolescente:

1.- Convención sobre los Derechos del Niño, vigente para Chile desde el 12 de septiembre de 1990, decreto N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990.

2.- Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, vigente para Chile desde el 1 de noviembre de 1999, decreto N° 1.215 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 4 de octubre de 1999.

3.- Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, vigente para Chile desde el 16 de febrero de 2002, decreto N° 24 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 30 de abril de 2002.

Los derechos humanos, incorporados en nuestra legislación, continúa el profesor Lepin, "...en virtud de lo que dispone el artículo 5° de la Constitución Política de la República, constituyen, por una parte, un límite al ejercicio de la soberanía y, por otra, un deber del Estado y de sus órganos, de promover y respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana."<sup>70</sup>

Ahora bien, resulta fundamental para determinar su aplicación, entender e interpretar que se entiende por un principio. Siguiendo a Ronald Dworkin, "cuando hablamos de principios nos estamos refiriendo a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, equidad, o alguna dimensión de la moralidad."<sup>71</sup> Para el profesor Miguel Cillero, "en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos,

---

<sup>70</sup> LEPIN MOLINA, Cristián. "Los nuevos principios del Derecho de Familia", op. cit., p. 12.

<sup>71</sup> DWORKIN, Ronald. "Los derechos en serio" (1989), p. 72 (Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel).



puede decirse que los principios son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.”<sup>72</sup> Por su parte, para Robert Alexy, los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.”<sup>73</sup>

La profesora Maricruz Gómez de la Torre<sup>74</sup>, señala que “los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando se interfieren o entran en colisión, quien debe resolver el conflicto deber tener en cuenta el peso relativo de cada uno.” Cuando se produce un conflicto entre bienes jurídicos o derechos protegidos por el ordenamiento jurídico, se debe ponderar de manera abstracta derechos del mismo rango y definir cuál debe priorizarse en el caso concreto. Al respecto, se ha señalado que cuando dos principios entran en colisión, ninguno de los dos pierde validez y se hace necesario ponderar ambos, para ver que adecuación permite la más plena realización de todos los fines en pugna. Si no se logra esta adecuación, hay que ponderar y colegir cuál de los intereses, “abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto”<sup>75</sup>. Es decir, la labor judicial reside en la ponderación o evaluación del peso de los principios que entran en colisión, tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto. Aquí se establece entre los principios una relación de precedencia coyuntural, cuya determinación consiste en indicar las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la ponderación puede cambiar<sup>76</sup>.

En este ejercicio de ponderación que debe realizar el juez, a fin de evitar discrecionalidades arbitrarias o valoraciones axiológicas, uno de los métodos más usados es el principio de la proporcionalidad<sup>77</sup>. Alexy postula que “interpretar los derechos fundamentales de acuerdo al principio de

---

<sup>72</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. *Revista Justicia y Derechos del Niño* (UNICEF), Nº 9. Santiago (2007).

<sup>73</sup> ALEXY Robert. “*Teoría de los derechos fundamentales*” 2da. Edición. (Trad.) Ernesto Garzón. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2008).

<sup>74</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. “*Sistema Filiativo. Filiación Biológica*”. Editorial Tirant Lo Blanch (2017), p. 50.

<sup>75</sup> ALEXY ROBERT. “*Teoría de los derechos fundamentales*” Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p.90.

<sup>76</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. “La importancia de la identidad. Significado de la verdad en materia de filiación”. *En Revista Derecho de Familia*, Nº 2, Thomson Reuters, 2014, p.58.

<sup>77</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. “*Sistema Filiativo. Filiación Biológica*”, op. cit., p. 52.

proporcionalidad es tratar a éstos como requisitos de optimización, es decir como principios y no simplemente como reglas. Los principios como requisitos de optimización, son normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas”<sup>78</sup>.

Considerando estos conceptos, el profesor Lepin concluye que el principio: “se trata de un mandato dirigido al juez para darle contenido a la ley en el caso concreto, es decir, para que sobre la base de una determinada orientación resuelva el caso, por decirlo de una manera, legislando en cada supuesto en particular. Lo que implica un reconocimiento, por parte del legislador, de sus limitaciones, en el sentido de que no puede prever todas las situaciones, y que debe depositar la confianza en el juez para que adopte la decisión más conveniente.”<sup>79</sup>.

De esta forma, los principios constituyen preceptos que implican un mandamiento para el juez, obligándolo en el nuevo Derecho de Familia, a considerarlos para ponderar y resolver en determinadas situaciones entregadas a su conocimiento. En el proceso de interpretación de las leyes, el juez de familia deberá aplicar los principios que le permitirán acercarse de manera más asertiva a una realidad particular, a fin de resolver de mejor manera el conflicto, protegiendo los bienes jurídicos de mayor relevancia.

A juicio del profesor Lepin, “las profundas transformaciones del Derecho de Familia, determinan los nuevos principios, que se han ido configurando con el tiempo, no responden a reformas planificadas ni a una legislación coherente, sino que más bien, a intentar solucionar problemas específicos.”<sup>80</sup>. Es por esta razón, que es difícil aún contar con una sistematización coordinada judicial en la aplicación de estos principios, encontrándose pendiente para la judicatura avanzar en el uso y ponderación de los principios, como por ejemplo el interés superior del niño en materia de adopción. La jurisprudencia que se revisará en este trabajo es reflejo de esta conclusión.

---

<sup>78</sup> ALEXY ROBERT. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, Editorial La Ley, 9/10/2008, p.1.

<sup>79</sup> LEPIN MOLINA, Cristián. “El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno Derecho de Familia”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, N° 2. Santiago (2013), p. 13.

<sup>80</sup> LEPIN MOLINA, Cristián. “Los nuevos principios de Derecho de Familia”, op. cit., p. 49.

### **3.2.- Análisis de los principios aplicables en el procedimiento de susceptibilidad de adopción.**

Este proceso investigativo, como hemos dicho, pretende determinar las falencias en el procedimiento de susceptibilidad de adopción, las cuales estarían afectando directamente los principios fundamentales de los NNA que contempla la legislación nacional y las convenciones internacionales ratificadas por nuestro país.

En consideración a este objetivo, enunciaré los principios que podemos distinguir en el régimen de adopción y que justifican esta investigación:

#### **3.2.1.- Interés superior del niño:**

Es el interés superior del adoptado por sobre el interés de la familia adoptante o familia de origen. El artículo 1º de la Ley 19.620 señala que: *“La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”*. Este principio es reiterado en el artículo 3º y 15 inciso 3º de la misma ley.

Al efecto, el Mensaje de la iniciativa legal contenida en la historia de la ley 19.620<sup>81</sup> señala acerca de la adopción que: *“...lo esencial es siempre el interés superior del niño y el carácter social que aquella debe revestir en beneficio del menor, conceptos que deberán considerarse conjuntamente con los factores sociales, étnicos y psicológicos de la adopción”*.

Asimismo, señala que: *“... en su finalidad de proteger siempre al menor y a la familia biológica de éste, el proyecto de ley que propongo establece respecto de la adopción plena, nacional o internacional, un procedimiento previo, independiente del proceso de adopción mismo, y esencialmente contencioso, en el cual el juez de menores, según las normas del juicio sumario, estudia e investiga tanto la situación del menor como la de sus padres biológicos, dictando una sentencia que declara al menor "en situación de ser adoptado",*

---

<sup>81</sup> MENSAJE 407325 Mensaje del S.E. El Presidente de la República. Fecha 05 de enero, 1993 al Sr. Presidente de la Honorable Cámara de Diputados. Cuenta en Sesión 37, Legislatura 325.

obteniéndose de esta forma que la tramitación posterior de la adopción misma sea voluntaria, en la cual son partes sólo los solicitantes”.

Luego indica que: “En relación con los menores, para la adopción plena, nacional o internacional, se agrega el requisito de que ésta sólo procederá cuando hayan sido declarados en situación de ser adoptados, debiendo acompañarse copia autorizada de la sentencia ejecutoriada que resolvió dicha situación”.

Ahora bien, haciéndonos cargo de la definición de interés superior del niño, la profesora Maricruz Gómez de la Torre señala que no hay una definición dogmática ni en la Convención de los Derechos del Niño ni en la legislación nacional<sup>82</sup>. Por lo que, pretender definir qué debe entenderse como interés superior del niño es “una tarea compleja ya que nos enfrentamos a lo que en derecho es conocido como un concepto jurídico indeterminado o una cláusula general.”<sup>83</sup>

Por su parte, la Observación General N° 14 del año 2013, de Naciones Unidas, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3° párrafo 1) en relación al artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño, otorga al interés superior del niño, un carácter fundamental, con un rol definido, que se proyecta no sólo al ordenamiento jurídico, sino también hacia las instituciones públicas y privadas de bienestar social. Esto ha sido reconocido por el Comité de los Derechos del Niño establecido por la propia Convención, para el cual el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como “principio rector-guía” de ella.<sup>84</sup>

Lo anterior, permite asignar una triple función al principio: es una garantía, debido a que toda decisión que concierna al niño o niña debe considerar, fundamentalmente, sus derechos; es una norma orientadora, que no sólo obliga

---

<sup>82</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. “*Sistema Filiativo. Filiación Biológica*”, op. cit., p. 76.

<sup>83</sup> VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos. “*El interés superior del menor*” en Isaac Ravetllat (coordinador), *Derecho de la Persona*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, p.28.

<sup>84</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel. “*El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*”, op. cit., p.70.

a los legisladores y jueces, sino a todas las instituciones públicas o privadas; y es una norma de interpretación y de resolución de conflictos.<sup>85</sup>

Para la jurisprudencia la noción de interés superior del niño ha tomado distintas perspectivas:

- (a) Ligada a la plena satisfacción de sus derechos: “La jurisprudencia se ha ido afirmando en la idea de vincular el interés superior del niño con la plena satisfacción de sus derechos. En muchas ocasiones esta idea se vincula a la del libre desarrollo de la personalidad del niño: “Aún cuando el concepto es jurídicamente indeterminado puede afirmarse que alude a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida orientados a asegurar el libre y sano desarrollo de su personalidad” (C. Suprema, 14 de abril de 2008, cons. 4º, Legal Publishing: CI/Jur/7338/2008, Rol N° 1384-2008)<sup>86</sup>. En alguna ocasión, incluso, se la ligó a sus intereses o “derechos” afectivos: “El interés superior del niño consiste en la plena satisfacción de sus derechos afectivos, económicos y de educación (C. Suprema, 14 de abril de 2008, cons. 10º, Legal Publishing: CI/Jur/7338/2008, Rol N° 1384-2008). En el último tiempo, la Excm. Corte Suprema ha tendido a ligarlo directamente con la “plena satisfacción de los derechos” del niño: “De conformidad a lo que dispone el artículo 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el principio de interés superior del niño es el que debe primar e inspirar las decisiones concernientes a ellos y que deben adoptar las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, y las autoridades administrativas o los órganos legislativos. Dicho principio debe identificarse con sus derechos, por lo tanto, como lo sostiene la doctrina, “el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos”; bienestar que podrá obtener en la medida que pueda desarrollar su personalidad de manera plena y armónica y, para ello, necesita crecer en un ambiente de familia que le brinde amor y comprensión, y que también

---

<sup>85</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, op. cit., pp. 80 y 81.

<sup>86</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op.cit., p. 432.

le proporcione los medios para satisfacer sus necesidades materiales” (C. Suprema, 23 de febrero de 2015, cons. 5º, Legal Publishing: CI/Jur/1023/2015, Rol N° 1481-2015)<sup>87</sup>.

(b) Concepto no definido legalmente, indeterminado o abierto:

De esta manera, se ha reconocido por la jurisprudencia que es un concepto no definido legalmente, indeterminado y abierto: “El interés superior de los menores, concepto no definido por la ley” (C. Suprema, 23 de mayo de 2006, cons. 4º, Legal Publishing: CI/Jur/4965/2006, Rol N° 1228-2006); que “su concepto es jurídicamente indeterminado” (C. Suprema, 14 de abril de 2008, cons. 4º, Legal Publishing: CI/Jur/7338/2008, Rol N° 1384-2008; C. Suprema, 11 de diciembre de 2014, cons. 11º, Legal Publishing: CI/Jur/9481/2014, Rol N° 21997-2014); o que: “La terminología interés superior se enmarca en aquella clase de nociones que la lingüística jurídica califica de “abiertas”, habida cuenta su indescriptibilidad” (C. Suprema, 17 de septiembre de 2014, cons. 12º, Legal Publishing: CI/Jur/6646/2014, Rol N° 2545-2014).<sup>88</sup>

(c) El interés superior del niño se delimita por las circunstancias de cada caso en particular:

La Excma. Corte Suprema ha señalado: “Debe considerarse como principio rector de interpretación y de decisión, el del interés superior del niño, concepto que, aunque jurídicamente indeterminado y de contornos imprecisos, aparece delimitado por las circunstancias de cada caso en particular” (C. Suprema, 24 de julio de 2013, cons. 7º, Legal Publishing: CI/Jur/1622/2013, Rol N° 2455-2013). En el último tiempo, el mismo tribunal reitera este considerando, aunque ha eliminado la referencia a que se trate de un concepto de “contornos imprecisos” y, así se ha limitado a consignar que: “El interés superior del niño, concepto que aunque jurídicamente es indeterminado, aparece delimitado por las circunstancias de cada caso en particular y principalmente en el juicio en

---

<sup>87</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op.cit., p. 432.

<sup>88</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op.cit., p. 432.

comento.” (C. Suprema, 29 de septiembre de 2014, cons. 11º, Legal Publishing: CI/Jur/6948/2014, Rol N° 634-2014; C. Suprema, 11 de diciembre de 2014, cons. 11º, Legal Publishing: CI/Jur/9481/2014, Rol N° 21997-2014). En la misma línea se ha destacado que: “La terminología “interés superior” se enmarca en aquella clase de nociones que la lingüística jurídica califica de “abiertas”, habida cuenta su indescriptibilidad, que empuja a una definición funcional, siempre atenta y consecuente con la circunstancialidad casuística” (C. Suprema, 17 de septiembre de 2014, Legal Publishing: CI/Jur/6646/2014, Rol N° 2545-2014).<sup>89</sup>

(d) El interés superior del niño no se entiende como un derecho:

Se ha precisado que: “Pese a la finalidad de la Convención de hacer un aporte a la protección efectiva de los derechos del niño mediante la consagración del principio del interés superior, la determinación del contenido del mismo no ha sido una cuestión pacífica, que en todo caso significa un principio jurídico garantista, en el sentido de que asegura la efectividad de los derechos subjetivos remitidos directamente al inventario de derechos contemplados en la propia Convención obligando tanto al poder público como a los entes privados a respetarlos, más no estamos en presencia de un derecho sino de un interés social amparado por el derecho” (C. Suprema, 2 de noviembre de 2006, cons. 6º, Legal Publishing: CI/Jur/6715/2006, Rol N° 6553-2005).<sup>90</sup>

(e) El interés superior del niño como consideración primordial de los tribunales:

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción ha resuelto: “Que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de fecha 20 de noviembre de 1989, ratificada por la República de Chile y por tanto incorporada al derecho nacional, establece en su artículo 3 que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen, entre otros, los tribunales, una consideración primordial a que se atenderá, será el

---

<sup>89</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op.cit., pp. 432 y 433.

<sup>90</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op.cit., p. 433.

interés superior del niño. Y en su artículo 20 señala que los niños, temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. 2º Que el interés superior del hijo es el principio básico que inspira la moderna legislación sobre menores, ya ha sido recogido, entre otros, en los artículos 222, 225, 229, 234, 240 y 242 del Código Civil y siendo deber del Estado y por tanto de esta Corte que ejerce una función jurisdiccional del Estado por mandato constitucional, el propender a la protección y asistencia especial de la menor demandante...” (C. de Apelaciones de Concepción, 25 de junio de 2001, cons. 1º y 2º, Legal Publishing: CI/Jur/2653/2001, Rol N° 2162-2000, conf. C. Suprema, 13 de septiembre de 2001, Legal Publishing: CI/Jur/2652/2001, Rol N° 2925-2001).<sup>91</sup>

(f) El interés superior del niño y su delimitación en el caso concreto del recurso de casación.

De la concepción jurisprudencial que concibe al “interés superior del niño” como una noción que se concreta en el caso en particular, la Excma. Corte Suprema ha extraído el corolario de la dificultad para que esa labor de concreción realizada por los tribunales de la instancia quede sujeta a la revisión en casación. En este sentido ha declarado: “La terminología “interés superior” se enmarca en aquella clase de nociones que la lingüística jurídica califica de “abiertas”, habida cuenta su indescriptibilidad, que empuja a una definición funcional, siempre atenta y consecuente con la circunstancialidad casuística (...) Aplicado a lo presente, lo anterior supone de parte de quienes, como los jueces, están llamados a apreciar la realidad sometida a su opinión bajo el prisma del interés superior del niño, un compromiso de fidelidad a lo que se les revela y los convence como mayormente ventajoso para aquél. Y eso conforma un ejercicio personalísimo cuyas características lo alejan del rol fiscalizador a que está destinado el recurso de casación

---

<sup>91</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op.cit., p. 433.



en el fondo”. (C. Suprema, 17 de septiembre de 2014, cons. 12º, Legal Publishing: CI/Jur/6646/2014, Rol N° 2545-2014).<sup>92</sup>

(g) Interés superior del niño y medidas de protección consistentes en erradicarlos de su hogar:

Se ha sostenido en esta materia: “Que el artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en el año 1989, establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el “interés superior del niño”. El profesor señor Hernán Corral Talciani señala a propósito de este tema que “si se trata de velar por el interés superior del niño, hay que hacer los mayores esfuerzos para que éste pueda desarrollarse en el medio familiar que lo vio nacer y en especial, con sus padres. Son los padres los que Constitucionalmente tienen el derecho y el deber de educar a sus hijos. Los niños sólo de sus padres biológicos recibirán el afecto, la estimulación, el apoyo y protección necesarios para cada estadio de su evolución, porque tales sentimientos fluyen de lo más profundo del corazón por la vinculación tan estrecha que existe entre aquellos y sus hijos. Sin duda alguna que incierto es el futuro para aquellos menores que residirán en un hogar o en poder de terceras personas, porque vivirán otra realidad distinta a la de un hogar, junto a sus otros hermanos, aún cuando carente de bienes materiales y la experiencia que vivirán en un hogar, lejos de ayudar al proceso formativo de su alma infantil, los situará en una posición vulnerable frente a agresiones, por ejemplo, de otros menores. Los niños merecen amor, merecen ser deseados y acogidos en el seno de su propia familia y una muestra clara de ello es el hecho de que su propia madre ha apelado de la medida de que fue objeto su hijo en esta y en otra causa que es de conocimiento de esta misma sala, respecto de otro de sus hijos. Estima este tribunal que

---

<sup>92</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op.cit., p. 433.

en circunstancias muy calificadas, extraordinarias, debidamente probadas o por carencia de sus progenitores, pueden terceras personas o un hogar asumir el rol de orientar el proceso formativo del alma infantil en sus primeros años de su vida, que no es el caso de autos” (C. de Apelaciones de Valdivia, 19 de marzo de 2008, cons. 4º, Legal Publishing: CI/Jur/7539/2008, Rol N° 1-2008).<sup>93</sup>

En lo concreto, respecto de principio del interés superior del adoptado, la jurisprudencia se ha ocupado especialmente de dos cuestiones: el papel que desempeña el interés superior del adoptado como criterio de interpretación y de decisión, y la determinación de ese interés superior.

- a) De interés superior del niño como principio rector de interpretación y de decisión: La Excma. Corte Suprema hizo hincapié en un primer momento en que el “interés superior del niño”, en sede de adopción, debía considerarse especialmente como un principio de interpretación, que se vinculaba directamente con la protección de los derechos fundamentales de los menores y con la posibilidad de permitirles el libre y sano desarrollo de su personalidad: “Que en estas materias cabe considerar como una regla de interpretación el interés superior del niño y aun cuando el concepto es jurídicamente indeterminado puede afirmarse que alude a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida orientados a asegurar el libre y sano desarrollo de su personalidad” (C. Suprema, 14 de abril de 2018, cons. 4º, Legal Publishing: CI/Jur/7338/2008, Rol N° 1384-2008). En el mismo sentido se ha declarado que: “En esta materia debe considerarse como una regla de interpretación el interés superior del niño, y aun cuando el concepto es jurídicamente indeterminado puede afirmarse que alude a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores, y a posibilitar la mayor satisfacción de todos aspectos de su vida orientados a asegurar el libre y sano desarrollo de su personalidad; lo que se halla acorde con lo estipulado en el artículo 1º de la Carta Fundamental,

---

<sup>93</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op.cit., pp. 433 y 434.

habiéndolo así establecido la Excma. Corte Suprema en sentencia dictada con fecha 14 de abril de 2008, en causa Rol N° 1384-2008<sup>94</sup> (C. de Apelaciones de Antofagasta, 24 de junio de 2008, cons. 7º, Legal Publishing: CI/Jur/2732/2008, Rol N° 334-2008). En el último tiempo la Excma. Corte Suprema también ha destacado el papel del interés superior del niño como criterio rector de la decisión en sede de adopción: “En estas materias debe considerarse, como principio rector de interpretación y de decisión, el del interés superior del niño, concepto que aunque jurídicamente indeterminado y de contornos imprecisos, aparece delimitado por las circunstancias de cada caso en particular, y en la especie, por aquello que resulte ser lo más aconsejable para asegurar la protección de los derechos fundamentales del menor y posibilitar la satisfacción de todos los requerimientos de una vida normal, orientados al equilibrio y sano desarrollo de sus personalidades en un ambiente de afecto, de contención, y de formación integral” (C. Suprema, 18 de junio de 2012, cons. 8º, Legal Publishing: CI/Jur/1329/2012, Rol N° 12550-2011; C. Suprema, 20 de agosto de 2012, cons. 7º, Legal Publishing: CI/Jur/1780/2012, Rol N° 2709-2012; C. Suprema, 9 de enero de 2013, cons. 7º, Legal Publishing: CI/Jur/59/2013, Rol N° 6948-2012; C. Suprema, 1 de abril de 2013, cons. 11º, Legal Publishing: CI/Jur/700/2013, Rol N° 7517-2012). En el mismo sentido diversos fallos de tribunales de alzada, que se remiten al transcrito considerando de las sentencias de la Excma. Corte Suprema (C. de Apelaciones de Santiago, 14 de diciembre de 2012, cons. 6º, Legal Publishing: CI/Jur/2844/2012, Rol N° 905-2012; C. de Apelaciones de Concepción, 10 de septiembre de 2012, cons. 10º, Legal Publishing: CI/Jur/2030/2012, Rol N° 265-2012; C. de Apelaciones de Concepción, 5 de octubre de 2015, cons. 6º, Legal Publishing: CI/Jur/6052/2015, Rol N° 367-2015).<sup>95</sup>

- b) De la determinación del “interés superior del adoptado”: Se ha entendido que: “El interés superior del adoptado, no sólo se puede reconstituir a

---

<sup>94</sup> BARCIA LEHMANN, Rodrigo. *“Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia”*. Editorial Thomson Reuters, Primera Edición, 2011, p. 39.

<sup>95</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. *“Código de la Familia”*, op.cit., pp. 620 y 621.

través del ministerio social que las instituciones a cargo de velar por sus derechos puedan expresar, sino que también y de un modo principal – cuando ello es posible- a través del propio parecer del menor (artículos 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 36 de la Ley N° 16.618), que en el caso sublite, como se ha dicho, resulta categórico” (C. de Apelaciones de Rancagua, 24 de julio de 2002, cons. 5º, Legal Publishing: CI/Jur/4182/2002, Rol N° 18724-2002).<sup>96</sup>

### 3.2.2.- Subsidiariedad de la adopción y prioridad de la familia biológica:

Para dar cumplimiento a este principio es importante el procedimiento previo de susceptibilidad de adopción, a fin de intentar que el niño, niña o adolescente (NNA) esté primeramente con su familia de origen o biológica.

La ley 19.620 en su artículo 1º señala que la adopción procede cuando el afecto y los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales “no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”. El artículo 15 inciso 2º de la misma ley, previene que debe hacerse todo lo posible para conseguir que el niño conserve su familia de origen, de modo que: *“el juez resolverá acerca de la veracidad de los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado, en especial la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del mismo en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él.”*

El Reglamento en su artículo 8º expresa nuevamente este principio, al disponer que los programas de adopción, en lo referido a la orientación y apoyo a la familia de origen, deben *tener “como objetivo fundamental constatar si ésta podría procurarle los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales”*.

El profesor Hernán Corral<sup>97</sup> señala que: “Se entiende que si se trata de velar por el interés superior del niño hay que hacer los mayores esfuerzos para que éste pueda desarrollarse en el medio familiar que lo vio nacer, y en especial,

---

<sup>96</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 621.

<sup>97</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. “Adopción y Filiación Adoptiva”, op. cit., p. 38.

con sus padres. Son los padres los que constitucionalmente tienen el derecho y el deber de educar a sus hijos (artículo 19 N° 10 Constitución Política de la República<sup>98</sup>).”

La Convención de Derechos del Niño manifiesta también la prioridad que debe darse a la familia de origen, al disponer que el niño tiene derecho “a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (art. 7.1), que los Estados deben respetar la identidad del niño, incluidas las relaciones familiares (8.1), y que “velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño” (art. 9.1). Por otro lado, la adopción sólo se contempla como una medida de protección frente a niños que han sido “privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio” (art. 20.1).

La jurisprudencia ha informado estos principios considerando las siguientes nociones:

a) Beneficio del niño que va a ser adoptado:

La Excma. Corte Suprema ha insistido en que: “Es palmario que la finalidad de la institución legal de la adopción, en cuanto fuente de filiación, se centra principalmente, en el beneficio del niño que va a ser adoptado más allá del de los adoptantes, pues lo que se pretende es proporcionarle a éste una familia que lo proteja y le brinde las condiciones para su adecuado desarrollo, como hijos de éstos, al no haber podido contar con su familia biológica. De ello también se sigue, como principio rector de la adopción, el de la prioridad de la familia biológica, que se relaciona estrechamente con el derecho a la identidad del niño, pues el legislador evidencia manifiesta preferencia por la familia de origen y la consideración de la adopción no como una forma alternativa de filiación, sino subsidiaria. Por lo demás, así fluye de lo expresado en la Convención Internacional de los Derechos del Niño que en su artículo 7.1

---

<sup>98</sup> Artículo 19 N° 10 CPR: “El Derecho a la educación: La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de la vida. Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.”

establece que éste tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; a su vez, en los artículos 8.1 y 9.1, respectivamente, se consagra el compromiso que los Estados Partes asumieron en orden a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas, y a velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria con miras al interés superior del niño; en el artículo 20.1 la adopción se contempla como una medida de protección tratándose de niños privados de su medio familiar, o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio; y en el artículo 21 la obligación de los Estados Partes de hacer todos los esfuerzos para brindar apoyo a las familias biológicas, de modo que sean capaces de mantener a sus hijos y así puedan desarrollarse en el medio familiar que los vio nacer, y en especial con sus padres. Refuerza dicha postura lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley de Adopción que indica que debe hacerse todo lo posible para conseguir que el niño conserve su familia de origen, de modo que la resolución judicial que lo declare en estado o vía de ser adoptado debe dictarse cuando previamente se haya establecido “la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor en la familia de origen” (...) el carácter o naturaleza subsidiaria de la adopción, determina que el referido instituto sólo puede materializarse ante la inexistencia jurídica de la familia biológica nuclear o extensa, o si estando determinada se encuentra impedida de contener en su interior al niño y de proporcionarle las condiciones para su desarrollo, o cuando el grupo familiar lo rechaza o los padres no asumen sus funciones y responsabilidades filiales”. (C. Suprema, 15 de diciembre de 2015, cons. 6º y 7º, Legal Publishing: CI/Jur/7895/2015, Rol N° 6904-2015)<sup>99</sup>.

b) Carácter excepcional de la adopción:

En alguna ocasión se ha destacado que del principio de subsidiariedad se deriva el carácter “excepcional” de la adopción: “La finalidad última de la institución de la adopción es proteger al niño, niña o adolescente que va a ser

---

<sup>99</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., pp. 621 y 622.

objeto de la misma, proporcionándole una familia que los resguarde y le brinde las condiciones necesarias y mínimas para su adecuado desarrollo, al no haber podido contar con su familia biológica que le pudiese entregar dicha prerrogativa. De allí su carácter excepcional, cuya aplicación debe ajustarse estrictamente a la regulación normativa dispuesta y a su eje central, que es el interés superior del niño, concepto que, aunque jurídicamente es indeterminado, aparece delimitado por las circunstancias de cada caso en particular y principalmente en el juicio en comento”. (C. Suprema, 11 de diciembre de 2014, cons. 11º, Legal Publishing: CI/Jur/9481/2014, Rol N° 21997-2014)<sup>100</sup>.

Este considerando se reproduce en diversos fallos del mismo tribunal (C. Suprema, 29 de septiembre de 2014, cons. 11º, Legal Publishing: CI/Jur/6948/2014, Rol N° 634-2014).

c) La adopción como institución de última ratio:

En la misma línea, en otras ocasiones, se ha optado por calificar a la adopción como una institución de “ultima ratio”: “La institución de la adopción es de ultima “ratio”; lo que significa que en el orden administrativo y judicial se deben agotar todos los esfuerzos al interior de la familia de origen antes de adoptar una decisión que se traduzca en la separación de los menores respecto de aquella, de manera definitiva e irreversible” (C. Suprema, 29 de julio de 2014, cons. 7º, Legal Publishing: CI/Jur/4953/2014, Rol N° 1831-2014)<sup>101</sup>.

En este mismo sentido, la Excma. Corte Suprema ha declarado: “Que los principios de subsidiariedad de la adopción y de la prioridad de la familia biológica se encuentran consagrados en el artículo 1º de la Ley 19.620, al establecer que “La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”. De lo anterior fluye que la adopción procede perfilándose de manera evidente como un instituto de *ultima ratio* en el caso que la familia de origen de un niño no se encuentre en condiciones de darle

---

<sup>100</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 622.

<sup>101</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., pp. 622 y 623.

afecto y los cuidados para su bienestar en el orden espiritual y material, por lo que conforme se dispone en el inciso 2º del artículo 15, para resolver una solicitud de declaración de susceptibilidad debe acreditarse fundadamente la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del niño en su familia de origen y las ventajas que representan su entrega en adopción.” (C. Suprema, 15 de diciembre de 2015, cons. 5º, Legal Publishing: CI/Jur/7895/2015, Rol N° 6904-2015).<sup>102</sup>

d) La primacía de la familia biológica no se limita a la familia nuclear, sino que abraza la familia extensa:

El principio de primacía de la familia biológica no se limita a la familia nuclear, esto es, a la ceñida al padre y madre del menor sino que se extiende a la familia extensa o amplia, no sólo por lo prescrito en el artículo 1º de la ley, sino también por lo dispuesto en el artículo 5º de la Convención de los Derechos del Niño, de modo que, por ejemplo, no se puede desatender el eventual derecho de la abuela: “Que, en consecuencia, de acuerdo al tenor a esta disposición (artículo 1º de la Ley 19.620) para los efectos de otorgar una adopción, y en este caso de una declaración de susceptibilidad de adopción, debe establecerse en forma fehaciente que ninguna de las personas que conforman la familia biológica de la menor está en condiciones de otorgarle los cuidados y el afecto que ella les pueda otorgar. En el presente caso, la indagación ha versado respecto de los padres de la menor, no así en lo que respecta a la abuela materna de ella, ya mencionada (...) Que el artículo 5º de la Convención de los Derechos del Niño establece que los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos, y los deberes de los padres, o, en su caso de la familia ampliada o de la comunidad, para que éste ejerza los derechos que la Convención establece...” “...Que si bien es cierto las circunstancias mencionadas son factores determinantes que impiden, por ahora, que los padres de la menor puedan tenerla bajo su cuidado, esa situación no se aplica a la abuela paterna, pues como ya se dijo, está al cuidado de otras dos menores, hermanas de la mencionada y cuenta con un informe favorable, el ya referido” (C. de Apelaciones

---

<sup>102</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 637.



de Valparaíso, 7 de diciembre de 2012, cons. 4º y 9º, Legal Publishing: CI/Jur/2789/2012, Rol N° 705-2012)<sup>103</sup>.

e) Principios de primacía de la familia biológica y subsidiaridad de la adopción y su relación con el “interés superior del niño”:

Los citados principios deben entenderse siempre en el contexto determinado por el interés superior del niño, tal como lo ha declarado la Excm. Corte Suprema: “Cabe destacar que si bien en la materia rigen los principios de la subsidiaridad de la adopción y de la prioridad de la familia biológica, consagrados en nuestra legislación, considerando dicha institución como una forma alternativa, cuando el niño o niña no cuente con un medio familiar adecuado que lo acoja, a tal punto que la ley previene que debe hacerse todo lo posible para conseguir que el menor conserve su familia de origen, conforme a los cuales, la declaración en cuestión procede sólo y una vez que se haya acreditado la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor con ésta. En el caso de autos, esta circunstancia ha resultado fehacientemente demostrada, desde que la familia biológica no es capaz de asumir la integral satisfacción de los derechos de la menor en todos los ámbitos de su vida, pues, aunque la niña tiene dos hermanos mayores, éstos no han demostrado debidamente su interés y capacidades para hacerse cargo de ella. Así entonces la obligación de velar por su interés se centra, ante la imposibilidad de dar aplicación a la regla general inspiradora en esta materia, en asegurar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y de orden materiales, que le permitan su desarrollo, posibilitando la mayor suma de ventajas en todos los aspectos de su vida” (C. Suprema, 20 de agosto de 2012, cons. 8º, Legal Publishing: CI/Jur/1780/2012, Rol N° 2709-2012).<sup>104</sup>

Estas consideraciones las ha reiterado en sentencias posteriores: “Cabe destacar que si bien en la materia rigen los principios de la subsidiaridad de la adopción y de la prioridad de la familia biológica, consagrados en nuestra

---

<sup>103</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., pp. 623 y 624.

<sup>104</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 624.

legislación considerando dicha institución como una forma alternativa cuando el niño o niña no cuente con un medio familiar adecuado que lo acoja, lo cierto es que esta última circunstancia ha resultado fehacientemente demostrada, desde que no existe tampoco una familia extensa capaz de asumir la integral satisfacción de los derechos del menor en todos los ámbitos de su vida, apareciendo entonces que la obligación de velar por su interés superior ha de centrarse en instar por el amparo de su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y de orden material, permitiéndole alcanzar el desarrollo y protección de los derechos fundamentales que le corresponden, posibilitando la mayor suma de ventajas en todos los aspectos de su vida, en la perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desenvolvimiento de su personalidad, prescindiendo de su filiación de origen, todo lo que no pudo ser proporcionada por su familia biológica y extensa.” (C. Suprema, 9 de enero de 2013, cons. 8º, Legal Publishing: CI/Jur/59/2013, Rol N° 6948-2012; C. Suprema, 1 de abril de 2013, cons. 12º, Legal Publishing: CI/Jur/700/2013, Rol N° 7517-2012)<sup>105</sup>.

En la misma dirección se ha declarado que: “Estas sentenciadoras estiman que si bien la institución de la adopción tiene un carácter subsidiario, como plantea la recurrente, su aplicación resulta pertinente y necesaria cuando la familia de origen no puede velar por el interés superior del niño y, en el caso que nos ocupa, de acuerdo a la prueba producida e incorporada en la audiencia respectiva, se determinó que la familia de origen no reúne las condiciones para cuidarla o no se interesa de manera seria en hacerlo, por lo que, al resolver el juez a quo de manera favorable la solicitud formulada por el Servicio Nacional de Menores y declarar susceptible de adopción a la niña L.Q.C. no ha infringido los principios de subsidiariedad de la adopción y prioridad de la familia biológica, consagrados en nuestra legislación y en los tratados internacionales sobre la materia, pues la preeminencia de la familia de origen se encuentra supeditada al interés superior del niño” (C. de Apelaciones de San Miguel, 28 de noviembre de 2012, cons. 7º, Legal Publishing: CI/Jur/2760/2012, Rol N° 694-2012)<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 624.

<sup>106</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 624.

- f) La “subsidiariedad de la adopción” implica una evaluación concreta del menor respecto de quien se solicita se declare la susceptibilidad de su adopción:

En este sentido la Excm. Corte Suprema ha precisado: “La subsidiariedad de la adopción a que alude la norma, y que es alegada por la recurrente, supone hacer una evaluación de la situación concreta de las niñas en cuestión, a la luz de su interés superior, de manera que si los sentenciadores han estimado, como ocurre en la especie, que los cuidados tendientes a alcanzar el pleno desarrollo de (...) y (...), no pueden ser proporcionados por su familia materna –no fueron reconocidas por sus padres- no existe el yerro denunciado, desde que prima su derecho a vivir y a desarrollarse en el seno de una familia que les brinde afecto y les permita satisfacer sus necesidades espirituales y materiales. Así, el derecho a vivir con su familia de origen pasa porque ello no afecte el interés superior del niño, cuestión que los sentenciadores deberán ponderar proyectando también cómo será su vida a futuro, de mantenerse el mismo estado de las cosas” (C. Suprema, 22 de diciembre de 2014, cons. 6º, Legal Publishing: CI/Jur/9725/2014, Rol N° 8204-2014).<sup>107</sup>

- g) La internación prolongada en un hogar de menores afecta el derecho del menor a vivir y desarrollarse en el seno de una familia:

Así, para los efectos de la declaración de susceptibilidad de una adopción, se ha declarado que: “La prolongación excesiva de dicha internación –fenómeno conocido como “institucionalización” del menor- redundaría en una merma cualitativa del derecho de vivir y desarrollarse en un medio familiar que satisfaga sus requerimientos espirituales y materiales esenciales” (C. de Apelaciones de Rancagua, 24 de julio de 2002, cons. 3º, Legal Publishing: CI/Jur/4182/2002, Rol N° 18724-2002)<sup>108</sup>.

- h) En relación con el derecho a la identidad:

“Uno de los principios fundamentales de la institución en estudio, cual es el de la subsidiariedad de la adopción y de la prioridad de la familia biológica, en

---

<sup>107</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., pp. 624 y 625.

<sup>108</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 625.

estricta relación con el derecho a la identidad del niño. En efecto, el legislador ha manifestado preferencia por la familia de origen y la consideración de la adopción no como una forma alternativa de filiación, sino de carácter subsidiario. En estrecha concordancia con lo anterior, el artículo 15 de la referida normativa, dispone que debe hacerse todo lo posible para conseguir que el niño conserve su familia de origen, de modo que la resolución judicial que declare al niño en estado o vía de ser adoptado debe dictarse cuando previamente se haya establecido “la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor en la familia de origen”. (C. Suprema, 6 de julio de 2015, sent. reemplazo, cons. 2º, Legal Publishing: CI/Jur/3812/2015, Rol N° 31.946-2014).<sup>109</sup>

Una orientación similar ha seguido algún tribunal de alzada: “Los principios de la subsidiariedad de la adopción y de la prioridad de la familia biológica, consagrados en nuestra legislación, desde que la propia Ley N° 19.620, según se aprecia de sus artículos 1º y 15, manifiesta una preferencia inicial por la familia de origen, considerando a la adopción como una forma subsidiaria, cuando el niño o niña no cuente con un medio familiar adecuado que lo acoja, a tal punto que la ley previene que debe hacerse todo lo posible para conseguir que el menor conserve su familia de origen. Así entonces la declaración en cuestión procede sólo y una vez que se ha acreditado la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor con ésta. En el caso sublite estas circunstancias, sin embargo, no han resultado demostradas, apareciendo, entonces que la propia obligación de velar por el interés superior del menor, se centra en que se haga todo lo posible para desarrollar una vinculación sana con su padre, sin prescindir de su filiación de origen, pues ello significa privarlo de su propia historia e identidad personal.”<sup>110</sup>

### 3.2.3.- Derecho a la identidad:

Este principio está basado en la verdad biológica y consiste en tener la posibilidad de que la persona adoptada conozca sus orígenes, de esta forma la persona que ha sido adoptada una vez que cumple la mayoría de edad puede

---

<sup>109</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 637.

<sup>110</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 638.

consultar ante el Registro Civil el origen de su filiación. El artículo 27 inciso 3º de la Ley N° 19.620 establece que: "...cualquier interesado mayor de edad y plenamente capaz que tenga antecedentes que le permitan presumir que fue adoptado podrá solicitar personalmente al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informe si su filiación tiene ese origen."

De esta forma, "el legislador chileno se ha hecho cargo de la necesidad de preservar la identidad del menor en el sentido de proporcionarle información, primero de que es adoptado y, segundo, de las circunstancias de su adopción. Así el adoptado mayor de edad y capaz puede solicitar que el Servicio de Registro Civil le informe sobre su filiación de origen, y pedir copias de la sentencia o del expediente de adopción, previa autorización judicial".<sup>111</sup>

Por su parte, el Reglamento se preocupa porque se entregue asesoría psicosocial a la familia que va a dar un hijo en adopción para prepararla para cuando el hijo adulto quiera conocer a su familia biológica (artículo 8 inciso 2º). En este mismo sentido, el artículo 3 establece que: "Las Unidades de Adopción del Servicio Nacional de Menores y los organismos acreditados pueden brindar asesoría y apoyo al adoptado, los adoptantes, los ascendientes, y descendientes de éstos, que deseen iniciar un proceso de búsqueda de sus orígenes. En relación con las personas que deseen obtener información sobre su adopción, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la ley N° 19.620 y obtengan autorización para ello, por resolución judicial, podrán ser asesorados por el Servicio Nacional de Menores o por el organismo acreditado que haya intervenido en su proceso de adopción, a fin de evitar la ocurrencia de conflictos emocionales o minimizar su impacto y colaborar en el reencuentro con su familia biológica, considerando el derecho de ésta a que se respete su privacidad".

La profesora Maricruz Gómez de la Torre señala que no hay una definición dogmática del derecho a la identidad, ni en la ley ni en la CDN. Esta última, si bien establece sus características, no da un concepto<sup>112</sup>. Se lo define doctrinariamente como un derecho personalísimo, del que goza todo ser humano

---

<sup>111</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. "Adopción y Filiación Adoptiva", op. cit., p. 40.

<sup>112</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *Sistema Filiativo. Filiación Biológica*, op. cit., p. 103.

a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos, alcanzando de esta forma su propia identidad<sup>113</sup>.

La Convención de Derechos del Niño en su artículo 8º obliga a los Estados Partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. En los casos de adopción plena o filiativa, como es el modelo acogido por nuestra ley, la identidad biológica es trastocada por una identidad adoptiva que se superpone y excluye a la anterior.

No se trata por tanto de que el menor adoptado pueda o tenga derecho a “recuperar” su filiación de origen repudiando la adoptiva. De lo que se trata más bien, es de que el adoptado pueda conocerse a sí mismo, a través de la reconstrucción de su historia personal y de sus orígenes. Este es el correcto sentido del principio de la verdad biológica: no ocultar al adoptado su condición de tal, y, en lo posible, procurar darle a conocer la información que se posee sobre sus padres biológicos y las circunstancias de su nacimiento y entrega en adopción, si así lo requiere libre y voluntariamente.<sup>114</sup>

La Convención de la Haya relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, de 29 de mayo de 1993, promulgada en Chile por el Decreto N° 1.215 de 1999, del Ministerio de Relaciones Exteriores, señala en su artículo 30 que: *“Las autoridades competentes de un Estado Contratante se asegurarán de que se conserve la información que tengan en su poder relativa al origen del niño, especialmente, la relacionada con la identidad de su padres y el historial médico del niño”*.

Además, agrega que “se asegurarán de que el niño o sus representantes tengan acceso a dicha información, con el asesoramiento adecuado, y en la medida que sea autorizado por la ley de ese Estado”.

Como se ve, en opinión del profesor Hernán Corral “la Convención no se atrevió a imponer totalmente el principio de verdad biológica, dejando entregado

---

<sup>113</sup> MOLINA, Eduardo y VIGGIOLA, Lidia. “Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial”, ponencia presentada en el Congreso Internacional Derechos y Garantías en el siglo XXI, Asociación de Abogados de Buenos Aires, 1992, p.2.

<sup>114</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. *“Adopción y Filiación Adoptiva”*, op. cit., p. 40.

a la ley nacional el derecho del adoptado a conocer sus orígenes. Pero la información deberá recogerse y custodiarse siempre”<sup>115</sup>.

Es del caso constatar además, que Chile no cumple con la Convención de la Haya, en cuanto no asegura la conservación, ni en consecuencia la entrega de la información relativa al historial médico del niño.

Por su parte, la jurisprudencia ha relacionado el derecho a la identidad con el principio de subsidiariedad o primacía de la familia biológica, de esta forma, se ha declarado, igualmente: “Que la Ley N° 19.620, en su artículo 1° dispone, que *“La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde 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”*. Que de la disposición transcrita se desprende uno de los principios fundamentales de la institución en estudio, cual es el de la subsidiariedad y de la prioridad de la familia biológica, en estricta relación con el derecho a la identidad del niño. En efecto, el legislador ha manifestado preferencia por la familia de origen y la consideración de la adopción no como una forma alternativa de filiación, sino de carácter subsidiario. En estrecha concordancia con lo anterior, el artículo 15 de la referida normativa, dispone que debe hacerse todo lo posible para conseguir que el niño conserve su familia de origen, de modo que la resolución judicial que declare al niño en estado o vía de ser adoptado debe dictarse cuando previamente se haya establecido *“la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia de menor en la familia de origen”*. Por su parte, el artículo 8° del Reglamento de la Ley de Adopción reitera este principio al disponer que los programas de adopción, en lo referido a la orientación y apoyo a la familia de origen, deben tener como objetivo fundamental constatar si ésta podría procurarle los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales. Así, el carácter o naturaleza subsidiaria de la adopción, determina que ésta sólo va a poder materializarse ante la inexistencia jurídica de la familia de la familia biológica nuclear o extensa o si, siendo ésta determinada, se encuentra impedida de

---

<sup>115</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. *“Adopción y Filiación Adoptiva”*, op. cit., p. 40.

contener en su interior al menor y de proporcionarle las condiciones para su desarrollo o cuando el grupo familiar rechaza al niño o los padres no asumen sus funciones y responsabilidades filiales”. (C. Apelaciones de Concepción, 14 de agosto de 2012, cons. 6º, Legal Publishing: CI/Jur/1730/2012, Rol N° 277-2012).<sup>116</sup>

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, también se hace cargo del derecho a la identidad y menciona lo siguiente: “...en tanto en el artículo 7 de la misma Convención<sup>117</sup> señala que los niños tienen derecho a ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento y conocer a sus padres, lo que se conoce doctrinalmente como principio de identidad, derechos que son preteridos en el presente caso a través de la sentencia que se analiza, pues por una parte, desconoce la existencia de una familiar directa de la menor que está en condiciones de hacerse cargo de ella y le resta a los padres a tener un contacto futuro con ella, atendida las dificultades que han tenido respecto de anotaciones prontuariales por la comisión de diversos delitos y el consumo de drogas...” (C. de Apelaciones de Valparaíso, 7 de diciembre de 2012, cons. 4º y 9º, Legal Publishing: CI/Jur/2789/2012, Rol N° 705-2012)<sup>118</sup>.

#### 3.2.4.- Derecho a ser oído:

Consiste en el derecho del niño, niña o adolescente a dar su opinión y otorgar su consentimiento respecto de la adopción. El artículo 3º de la ley 19.620 señala que “durante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez. Si fuese menor adulto, será necesario su consentimiento, que manifestará expresamente ante el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción, en relación con la posibilidad de ser adoptado, y en el curso del procedimiento de adopción, respecto de la solicitud presentada por el o los interesados. En caso de negativa, el juez dejará constancia de las razones que invoque el menor. Excepcionalmente, por motivos sustentados en el interés

---

<sup>116</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 622.

<sup>117</sup> CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Decreto 830 de 1990.

<sup>118</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 623.



superior de aquél, podrá resolver fundadamente que prosiga el respectivo procedimiento.”.

Este requisito es tan esencial que podría ser declarado nulo el procedimiento de susceptibilidad de adopción si el adolescente no ha sido escuchado.

El artículo 14 de la misma ley, en su inciso segundo, referido a la solicitud de susceptibilidad de adopción dispone que: *“Asimismo, deberá citarse al menor, en su caso, a la o las personas a cuyo cuidado esté y a todos quienes puedan aportar antecedentes para una acertada resolución del asunto, que hubieren sido mencionados en la solicitud”*.

Asimismo, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, promulgada en Chile por el Decreto N° 830 de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores dispone que:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Por su parte, la Convención de la Haya relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, de 29 de mayo de 1993, promulgada en Chile por el Decreto N° 1.215 de 1999, del Ministerio de Relaciones Exteriores, señala en su artículo 4 que: “Una adopción se llevará a cabo en el ámbito de aplicación de la Convención, sólo si las autoridades competentes del Estado de origen:

d. se han asegurado, tomando en consideración la edad y grado de madurez del niño, de que:

- 1) éste ha sido asesorado y debidamente informado de las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción en caso de que dicho consentimiento fuere exigido;
- 2) se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño;
- 3) el consentimiento del niño, cuando fuere requerido, ha sido otorgado libremente, en la forma legal exigida y expresado o constatado por escrito;
- 4) dicho consentimiento no se ha obtenido mediante pago o retribución de índole alguna”.

### 3.2.5.- Preferencia de la familia matrimonial:

La adopción busca poner al niño en el medio familiar más idóneo posible. El profesor Hernán Corral señala que: “Nadie dudó cuando se dictaron las primeras leyes de legitimación adoptiva que ese medio ideal era el conformado por padre y madre que se encontraban unidos y vinculados jurídicamente para fundar una familia mediante el pacto matrimonial”. Agrega el profesor que: “Parece de sentido común que, si lo que se pretende es hacer expirar los vínculos de la familia biológica, ello se haga por su reemplazo por la más estable y sólida de las filiaciones: la matrimonial.”<sup>119</sup>

En mi opinión, más allá del matrimonio, la institución de la adopción, como es su finalidad, debe velar por otorgar una familia al adoptado, para que éste pueda desarrollarse en todos los aspectos personales, espirituales y materiales al interior de la misma. Como la sociedad es dinámica, actualmente se han venido constatando transformaciones que han dado lugar a distintos tipos de familias, desde la monoparental, familia extendida, familia ensamblada, discutiéndose incluso hoy la posibilidad de que la adopción sea realizada por parejas homoparentales. La prioridad en definitiva es garantizar un ambiente familiar para el NNA adoptado.

La preferencia de la familia matrimonial se establece en el artículo 20 de la ley 19.620 dispone que: *“Podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años*

---

<sup>119</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. “Adopción y Filiación Adoptiva”, op. cit., p. 39.

*de matrimonio...*”, prefiriendo de esta forma, el vínculo matrimonial por sobre una persona soltera, divorciada o viuda como adoptante. Así lo señala el artículo 21, otorgándoles la posibilidad de adoptar sólo en caso de que no existan cónyuges interesados en adoptar a un menor.

Tratándose de la constitución de la adopción internacional por personas no residentes en Chile, la ley mantiene la exigencia de que los adoptantes sean cónyuges (artículo 31 ley 19.620).

Debe considerarse también, el hecho de que si respecto de un mismo menor concurren como interesados en adoptar un residente soltero, divorciado o viudo y un matrimonio no residente en Chile, tiene preferencia éste último (artículo 30 ley 19.620).

En cuanto a la duración del matrimonio, el mismo artículo 20, inciso 1º, señala que los cónyuges chilenos o extranjeros deben tener 2 o más años de matrimonio. Sin embargo, el inciso 4º contempla la excepción a este plazo señalando que: “Tampoco será exigible el mínimo de años de duración del matrimonio, cuando uno o ambos cónyuges estén afectados de infertilidad.”

Respecto de los cónyuges que se haya declarado la separación judicial, no podrá concederse la adopción, mientras ésta subsista. En su caso, la reconciliación deberá acreditarse conforme lo dispone la Ley de Matrimonio Civil. (artículo 20 inciso 5º ley 19.620). Sin embargo, el inciso final del artículo 22 de la misma ley, hace prevalecer el interés superior del niño para el caso que los cónyuges hubieren iniciado la tramitación de la adopción, ya que se podrá solicitar que ésta se conceda, aún después de declarada la separación judicial o el divorcio, si conviene al interés superior del adoptado.

La jurisprudencia, por su parte, también se ha pronunciado respecto de la aplicación esta norma sobre familia matrimonial:

a) De la exigencia de duración del matrimonio de los adoptantes:

En cuanto a la finalidad de esta exigencia, la Excma. Corte Suprema ha asumido la opinión de la doctrina: “Que el requisito de duración mínima de la vida matrimonial, previsto en la norma transcrita respecto de quienes aspiran a

adoptar un niño, niña o adolescente “desamparado”, en conformidad a la ley actualmente vigente, responde, fundamentalmente, a la finalidad de que el hogar al cual se pretende incorporarlo, tenga la estabilidad suficiente para procurarle los cuidados que éste no tuvo en su familia de origen y que satisfagan sus necesidades espirituales y materiales. Además, se dice, supone un tiempo razonable en que la pareja podrá haber comprobado que no podrá concebir descendencia de manera natural (Corral Talciani, Hernán, Adopción y Filiación Adoptiva, Editorial Jurídica, año 2002, pág. 197)” (C. Suprema, 5 de octubre de 2016, cons. 8º, Legal Publishing: CI/Jur/6915/2016, Rol N° 25876-2016).<sup>120</sup>

b) De la exigencia de duración del matrimonio y de su interpretación sistemática:

A la luz del interés superior del niño, y de la finalidad de esta exigencia, entendida como garantía de estabilidad del hogar al que se integrará el adoptado, la Excma. Corte Suprema ha entendido que ha de interpretarse como exigencia de estabilidad de la familia adoptante, lo que permite que se acceda a la adopción aunque no se hubiera cumplido ese mínimo de dos años: “Si bien, en la especie, la vida matrimonial no alcanza a completar el tiempo previsto en la norma, al encontrarse acreditado que ésta ha sido precedida por una extensa convivencia de la pareja que supera ampliamente el plazo legal se cumple con la finalidad anotada, desde que esa circunstancia permite colegir que la unión de los solicitantes está dotada de la consistencia necesaria para satisfacer las necesidades de la adolescente y de garantía de estabilidad y seguridad para el goce de sus derechos. Ello, no sólo porque la convivencia tuvo una larga duración, sino, además, porque el hecho que dicha unión haya devenido, después de ese extenso período (9 años), en un matrimonio, supone la existencia de un compromiso y disposición mayor de ambos cónyuges, que permite proyectar la perdurabilidad del vínculo y elimina el temor de que no estén calificados para dar estabilidad a la adolescente. Por otra parte, tratándose de una “adopción de integración”, como se denomina aquella en que la niña/o o adolescente está desamparada sólo respecto de uno de sus progenitores, ya que el otro la mantiene a su cuidado y la ha insertado en el hogar que ha formado

---

<sup>120</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., p. 641.

con su cónyuge, el que no obstante no ser el padre o madre biológico, la trata como tal, resulta acertado atender a la finalidad de la norma, ya que de esa manera se le otorga la posibilidad de sancionar jurídicamente dicha relación filial de hecho, lo que va en beneficio del interés de la adolescente. Noveno: Que, cabe agregar que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 22 del Código Civil<sup>121</sup>, la interpretación de la norma en estudio obliga a examinar el contexto de la ley de adopción, para verificar la debida correspondencia y armonía en todas sus partes. En tal sentido resulta útil establecer que la Ley N° 19.620, en el inciso final del artículo 22, prevé la posibilidad de que se otorgue la adopción si, después de iniciada la tramitación, ha sido declarada la separación judicial o el divorcio, siempre que convenga el interés superior del adoptado. En efecto, si se considera que la adopción puede prosperar aún en la hipótesis de que los solicitantes lleven una vida separada, e incluso una vez disuelto el vínculo, no se ve cómo podría limitarse la interpretación en la situación que nos ocupa, desde que pareciera que la estabilidad en aquellos casos no estaría dada, necesariamente, por la existencia del matrimonio o de una convivencia matrimonial, debiendo dársele preeminencia al interés superior del niño, niña o adolescente” (C. Suprema, 5 de octubre de 2016, cons. 8° y 9°, Legal Publishing: CI/Jur/6915/2016, Rol N° 25876-2016).<sup>122</sup>

### 3.2.6.- Reserva relativa:

El artículo 28 de la Ley 19.620 dispone que todas las tramitaciones tanto judiciales como administrativas y la guarda de documentos a que dé lugar la adopción, serán reservadas. Sin embargo, esta reserva no es absoluta, sino relativa admitiendo limitaciones, porque los adoptantes pueden optar por no acogerse a la reserva (art. 28, inciso 1°); y porque se permite la entrega de certificados por parte del tribunal a los solicitantes de adopción durante la tramitación del proceso para realizar actuaciones en beneficio del menor que tienen bajo su cuidado personal (art. 28 inciso 2°).

---

<sup>121</sup> Artículo 22 Código Civil: “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

<sup>122</sup> BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., pp. 641 y 642.

El Reglamento ha aclarado que la reserva a que están sujetas las tramitaciones administrativas, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 28 inciso 1º de la ley 19.620 no sólo se aplica al proceso de adopción, sino que comprenderá asimismo la información concerniente a los niños que permanezcan en programas o proyectos de cuidado residencial y las gestiones que se realicen a fin de solicitar la declaración de que un niño es susceptible de ser adoptado (art. 33 Reglamento).

Respecto de las sanciones por violación de la reserva, la ley dispone que el funcionario público que revele antecedentes de los que tenga conocimiento en razón de su cargo y que de acuerdo a esta ley son reservados, o permita que otros los revele, será sancionado penalmente con la pena de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio y multa de 6 a 20 UTM (art. 39 Ley 19.620).

Si fuese el caso de un particular, que revela los mismos antecedentes señalados, teniendo conocimiento de su carácter de reservados, será castigado con pena de multa de 6 a 20 UTM (art. 40 Ley 19.620).

### 3.2.7.- Preferencia de la adopción nacional:

El artículo 20 de la Ley 19.620, establece que podrá “otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país...” Es decir, establece preferencia para los matrimonios que tengan residencia en el país.

Asimismo, el artículo 30 de la misma ley establece que la adopción internacional “*sólo procederá cuando no existan matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile interesados en adoptar y que cumplan los requisitos legales*”.

De esta forma, prosigue el artículo 31 de la ley, sólo podrá otorgarse la adopción regulada en este Párrafo a los cónyuges no residentes en Chile, sean nacionales o extranjeros, que cumplan con los requisitos señalados en el artículo 20, incisos 1º, 3º y 4º, y en el artículo 22.

“Debemos señalar que el requisito establecido para diferenciar entre adopción nacional e internacional no es la nacionalidad de adoptantes y adoptado, sino su residencia permanente. Lo que se pretende es evitar o al menos disminuir el problema del tráfico de menores entre distintos países, además de adecuar la legislación nacional con lo planteado en las diversas convenciones internacionales sobre la materia. En éstas se considera más beneficioso para el menor crecer en su ambiente, es decir, con gente de su raza, de su religión y que tenga costumbres similares a las de su familia de origen”.<sup>123</sup>

Habiendo Chile ratificado sin reservas la Convención de los Derechos del Niño no podía rechazar la adopción internacional, es decir la salida de niños adoptados por personas que viven en otro país. Pero la misma Convención da la pauta de que la adopción internacional debiera considerarse una segunda opción respecto de la posibilidad de mantener al niño en su país de origen<sup>124</sup>. El artículo 21 b) de la Convención señala que: *“Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y; b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar al niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen”*.

Se entiende, en consecuencia, que la adopción internacional, es subsidiaria, porque al buscar una familia, debe ser en lo posible de la misma nacionalidad, raza, cultura y religión, con la finalidad de que el niño pueda mantener sus raíces, en conformidad a lo establecido en el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>125</sup>.

La ley chilena optó por no autorizar la salida de menores del país para que fueran adoptados conforme a la legislación del Estado receptor. Prefirió exigir que la adopción se completara en Chile y se aplicara la jurisdicción de los tribunales chilenos y el procedimiento establecido por nuestra ley.<sup>126</sup> Incluso, como hemos dicho, estableció que la adopción internacional sólo tendría lugar

---

<sup>123</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *“El Sistema Filiativo Chileno”*, op. cit., p. 232.

<sup>124</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. *“Adopción y Filiación Adoptiva”*, op. cit., p. 40.

<sup>125</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *“El sistema filiativo chileno”*, op. cit., p. 232.

<sup>126</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. *“Adopción y Filiación Adoptiva”*, op. cit., p. 41.

*“cuando no existan matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile interesados en adoptar y que cumplan los requisitos legales”*. La solicitud de adopción, en estos casos, deberá ser patrocinada por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante éste (art. 31 inciso 3º). Sólo en casos excepcionales, un juez puede preferir al matrimonio no residente en Chile, si median razones de mayor conveniencia para el interés superior del menor (art. 30 inciso 2º).

En conclusión, revisadas las normas legales de la ley 19.620 y mencionados los principios que inspiran el régimen de adopción en Chile, en especial el interés superior del niño, es que esta investigación recaerá en el análisis de la aplicación práctica expresada en la jurisprudencia pronunciada por nuestros Tribunales Superiores de Justicia, respecto de la susceptibilidad de adopción, con la finalidad de revisar de que manera se están integrando los principios del sistema normativo chileno del Derecho Familiar, para determinar cual sería el criterio más idóneo que permita realizar el objetivo de la adopción, cual es 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.

### 3.2.8.- Inseparabilidad de los hermanos:

Se conviene en que la adopción, en la medida que ello sea posible, no debe causar un nuevo daño al menor en desamparo separándolo de sus hermanos biológicos. El profesor Hernán Corral cita en su libro sobre Adopción y Filiación Adoptiva<sup>127</sup> lo siguiente: “Como señala Catalina Arias de Ronchietto para el Derecho argentino: “Este principio hace centralmente a la esencia ética del instituto con peso de evidencia plena. Sobreviniendo el desamparo por parte de la familia biológica o de la familia adoptiva, mal podría legitimarse un nuevo agravio desde la ley o desde la decisión judicial que, de ningún modo, podría justificarse en la dificultad de encontrar adoptantes para más de un solo niño.”<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. *“Adopción y Filiación Adoptiva”*, op. cit., p. 38.

<sup>128</sup> ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina. *“La adopción”*, Abeledo-Perrot, B. Aires, 1997, pp. 91 y 92.



La Ley de Adopción contiene este principio en el artículo 23 inciso 5º, al establecer que: *“En caso de que dos o más menores que se encuentren en situación de ser adoptados sean hermanos, el tribunal procurará que los adopten los mismos solicitantes”*.

#### **4.- Tercera Parte: Tratamiento Jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Justicia**

##### **4.1.- Análisis de jurisprudencia nacional de las acciones de susceptibilidad de adopción interpuestas.** (Referencia al Anexo Fichas de Sentencias).

Para realizar el análisis de las sentencias, se han tenido a la vista los siguientes requisitos:

- a) Que provengan de Tribunales Superiores de Justicia (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema).
- b) Que hayan sido dictadas durante el período que investigo, esto es, entre 2014 y 2017.
- c) Que sean relativas al procedimiento de susceptibilidad de adopción, y que ésta sea la causa principal.
- d) Que se utilice alguno de los principios del Derecho de Familia que se aplican en la adopción.
- e) Que exista doctrina jurídica importante y desarrollada en los considerandos resolutivos (no en los expositivos ni en los vistos).

En consideración a lo expuesto, he consultado dos bases de datos de la jurisprudencia en Chile, estas son Vlex y Westlaw, utilizando como buscador el concepto de susceptibilidad de adopción, el cual ha sido referido en acciones sobre medidas de protección, causas sobre adopción, causas relativas a cuidado personal y relación directa y regular, recursos de protección, recursos de amparo, hasta finalmente encontrar aquellas acciones sobre el procedimiento previo específico de susceptibilidad de adopción.

Al efecto, revisé 42 sentencias en la base de datos de jurisprudencia Vlex y 47 sentencias en la base de datos jurisprudencia de Westlaw, encontrando 8 sentencias en el archivo de Vlex y 15 sentencias en el archivo de Westlaw que resultan útiles para este trabajo investigativo, para lo cual he clasificado y elaborado las fichas que se encuentran en el Anexo.

#### **4.2.- Estadística de decisiones judiciales que confirman y revocan las sentencias de primera instancia sobre susceptibilidad de adopción.**

Analizadas las veintitrés sentencias referidas en el numeral anterior, se concluye que la jurisprudencia no es unánime y que, de una forma levemente mayoritaria, se ha acogido por los tribunales superiores de justicia, la decisión de declaración de susceptibilidad de adopción. Es decir, existiría una tenue inclinación por los jueces de estas instancias superiores de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema de nuestro país, a favorecer el interés superior del niño, reconociendo este principio en el derecho del niño, niña o adolescente a desarrollarse y a vivir en una familia, cuando ésta no pueda ser proporcionada por su familia de origen.

Ahora bien, la declaración de susceptibilidad de adopción no esta exenta de argumentos en diversos sentidos. Es así, como algunos jueces argumentan y le dan contenido al principio del interés superior del niño, en la defensa de la familia de origen, en el reconocimiento del derecho a la identidad y en la subsidiariedad de la adopción; mientras que otros jueces razonan sobre el mismo principio, pero basándose en el derecho del niño, niña o adolescente a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde y procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no pueda ser proporcionado por su familia de origen.

Al efecto, la estadística de las ocho sentencias analizadas en Vlex, da cuenta que existen cuatro sentencias que declaran la susceptibilidad de adopción; tres sentencias que la rechazan; y una última resolución de la Corte de Apelaciones de La Serena que rechaza un recurso de protección, que si bien por razones obvias, no decide sobre la susceptibilidad de adopción, nos ilustra sobre el principio de inseparabilidad de los hermanos.

En cuanto a la estadística de las quince sentencias analizadas en Westlaw, ésta da cuenta de ocho sentencias que declaran la susceptibilidad de adopción y siete sentencias que la rechazan.

### **4.3.- Los criterios utilizados para rechazar y acoger la susceptibilidad de adopción. Aplicación de los principios del Derecho de Familia en las sentencias sobre susceptibilidad de adopción.**

#### **4.3.1.- Sentencias que rechazan la susceptibilidad de adopción:**

Revisadas las decisiones judiciales de los tribunales superiores de justicia de nuestro país, podríamos considerar que el principal argumento sostenido por los jueces para rechazar la susceptibilidad de adopción se sustenta en el principio de la subsidiariedad de la misma, vinculado con la prioridad de la familia biológica y el derecho a la identidad del niño, niña o adolescente.

Dentro de los razonamientos, destaco a continuación los principales criterios, conceptos e ideas desarrolladas en las sentencias:

1.- Los principios fundamentales que informan la adopción son la subsidiariedad y prioridad de la familia biológica, los que se encuentran en estricta relación con el derecho a la identidad, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley N° 19.620, por lo que debe hacerse todo lo posible para conseguir que el niño conserve su familia de origen – biológica o extensa -. De esta forma, la resolución que lo declare en estado o vía de ser adoptado debe dictarse una vez que se haya establecido que es imposible disponer de otras medidas para mantenerlo en ella. (Corte Suprema, sentencia de 6 de julio de 2015, voto en contra, considerando 2º, Rol N° 31946-2014; Westlaw: CL/JUR/3812/2015; Corte Suprema, sentencia de fecha 5 de octubre de 2016, voto en contra, considerando 2º, Rol N° 25876-2016; Westlaw: CL/JUR/6915/2016; Corte Suprema, sentencia de fecha 4 de junio de 2015, considerando 2º, Rol N° 30315-2014; Westlaw: CL/JUR/3172/2015; Corte Suprema, sentencia de 29 de septiembre de 2014, voto en contra, considerando 3º, Rol N° 634-2014; Westlaw: CL/JUR/6948/2014).

2.- El artículo 8º del Reglamento de la Ley de Adopción reitera este principio de subsidiariedad, al disponer que los programas de adopción, en lo referido a la orientación y apoyo a la familia de origen, deben tener como objetivo fundamental, constatar si ésta podría procurarle los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales. Así, el carácter o naturaleza

subsidiaria de la adopción determina que sólo puede materializarse ante la inexistencia jurídica de la familia biológica nuclear o extensa, o si estando ésta determinada, se encuentra impedida de contener en su interior al menor y de proporcionarle las condiciones para su desarrollo, o cuando el grupo familiar rechaza al niño o los padres no asumen sus funciones y responsabilidades filiales, pues como lo ha sostenido la doctrina en tales casos es el propio interés superior del niño el que clama porque se le inserte en un grupo familiar subsidiario. (Corte Suprema, sentencia de 6 de julio de 2015, voto en contra, considerando 3º, Rol N° 31946-2014; Westlaw: CL/JUR/3812/2015; Corte Suprema, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2014, voto en contra, considerando 4º, Rol N° 634-2014; Westlaw: CL/JUR/6948/2014; Corte Suprema, sentencia de 15 de diciembre de 2015, considerando 7º, Rol N° 6904-2015; Westlaw: CL/JUR/7895/2015).

3.- El carácter o naturaleza subsidiaria de la adopción, determina que el referido instituto sólo puede materializarse ante la inexistencia jurídica de la familia biológica nuclear o extensa, o si siendo ésta determinada, se encuentra impedida de contener en su interior al menor y de proporcionarle las condiciones para su desarrollo, o cuando el grupo familiar rechaza al niño o los padres no asumen sus funciones y responsabilidades filiales. (Corte Suprema, sentencia de 6 de julio de 2015, voto en contra, considerando 3º, Rol N° 31946-2014; Westlaw: CL/JUR/3812/2015).

4.- Para descartar a la familia de origen y familia extensa se deben desarrollar programas de apoyo y orientación que sean reales y efectivos, para que una vez concluidos, permitan determinar si estos familiares están en condiciones de procurarle al niño los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales. (Corte Suprema, sentencia de fecha 29 de julio de 2014, voto en contra, considerando 4º, Rol N° 1831-2014; Westlaw: CL/JUR/4953/2014).

5.- Se deben agotar todas las posibilidades para que el niño o niña se mantenga en su familia de origen, lo que implica la obligación para los órganos del Estado de efectuar un trabajo de calidad con la familia, tendiente a que ellos sean los que asuman el cuidado de uno de sus miembros, de manera que si no cuentan

con habilidades parentales o éstas son insuficientes, la obligación del Estado es efectuar un trabajo de intervención especializado que propenda a dotarlos de las herramientas de las que carecen o reforzar aquellas en las que se encuentran más débiles. (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 4 de abril de 2014, considerando 2º, Rol N° 549-2013; Vlex: 580984546).

6.- Es deber del Estado propender al fortalecimiento de la familia, a través de acciones concretas tendientes a procurarles las herramientas necesarias para que ejerzan el cuidado de sus miembros. Este principio se encuentra en el artículo 1º de la Constitución Política de la República, al señalar que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 4 de abril de 2014, considerando 2º, Rol N° 549-2013; Vlex: 580984546).

7.- Es así, como el Servicio Nacional de Menores debe entregar una oferta programática de proyectos ejecutados por los distintos Organismos Colaboradores dirigidos a la atención de niños, niñas y adolescentes, además de contar con centros para el cumplimiento de dichos fines. (Corte Suprema, sentencia de 29 de septiembre de 2014, voto en contra, considerando 10º, Rol N° 634-2014; Westlaw: CL/JUR/6948/2014).

8.- La Ley N° 19.620 descansa en el principio de subsidiariedad, que consagra el artículo 1º, en virtud del cual la adopción, y por consecuencia las gestiones previas, sólo son procedentes cuando la familia de origen no es capaz de brindar al niño, niña o adolescente una satisfacción de sus necesidades espirituales y materiales. De esta manera, el hecho de que antes de iniciar cualquier proceso de adopción, sea declaración de adoptabilidad o la adopción misma, se deben agotar todas las posibilidades para que el niño o niña se mantenga en su familia de origen, lo que implica la obligación para los órganos del Estado de efectuar un trabajo de calidad con la familia, tendiente a que ellos sean los que asuman el cuidado de uno de sus miembros. (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 4 de abril de 2014, considerando 2º, Rol N° 549-2013; Vlex: 580984546).

9.- En cuanto a las ventajas que la adopción represente para el niño, éstas deben entenderse como beneficios concretos y objetivos en particular, de manera que

se cautele el valor de la individualidad como parte del reconocimiento de sus derechos como persona, de modo que este último aspecto no pueda ser evaluado en el proceso de manera teórica o abstracta, por lo que, debe estar sustentado en la prueba aportada que permita constatar cuáles son los hechos materiales específicos que hacen viable para ese niño la declaración de adoptabilidad. Estas obligaciones se encuentran en diversas normas como la Convención de los Derechos del Niño, que en su artículo 18.2 señala que la adopción sólo es aplicable en subsidio de las medidas tendientes a mantener al niño en su familia de origen, lo que concuerda con el artículo 21, que cautela y refuerza el principio de subsidiariedad. (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 4 de abril de 2014, considerando 2º, Rol N° 549-2013; Vlex: 580984546).

10.- La Convención de los Derechos del Niño descansa sobre una serie de principios como el relativo al “interés superior” (artículo 3.1), y una serie de obligaciones que impone a los diversos órganos del Estado en torno a cautelar y hacer efectivos los derechos de los niños. En este sentido obliga a asegurar el contexto protector de la familia y a respetar los derechos de los padres en cuanto al cuidado (artículos 3.2 y 5), lo que se relaciona con el deber de procurar la mantención del niño en su familia como parte de su derecho a ser cuidado por la familia de origen y mantener su identidad y relaciones familiares (artículo 7 y 8.1), señalando expresamente que la separación del niño de su medio familiar es excepcional cuando sea necesaria, en función de hechos calificados, como maltrato o abandono (artículo 9.1), lo que refuerza las ideas matrices que subyacen en la Ley N° 19.620. (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 4 de abril de 2014, considerando 2º, Rol N° 549-2013; Vlex: 580984546).

11.- Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el año 2009, es el marco jurídico internacional que complementa la Convención sobre los Derechos del Niño; y que también ha sido ratificado por Chile e incorporado a nuestro ordenamiento interno y que vienen a cubrir aquellas lagunas que la Convención dejaba en materia de niños sin cuidado parental o en riesgo de perderlo. Los principios relevantes son “la necesidad y la conveniencia” (parte II). En efecto, en virtud del principio de necesidad, se busca que el niño permanezca en su

familia de origen, de manera que sacarlo de este contexto familiar debe ser una medida de último recurso y antes de adoptar una medida de este tipo se requiere de una evaluación participativa rigurosa. En cuanto a la conveniencia, ésta se basa en que la medida de tutela elegida, como la adopción, debe estar adaptada a las necesidades individuales. De esta manera, estos principios reúnen todas las ideas expresadas, por cuanto vienen a definir un estándar exigido antes de privar a un niño de su medio familiar, por ejemplo, a través de la adopción, y que obliga a contar todos los esfuerzos de manera previa para lograr la permanencia del niño en el seno de su familia de origen, e incluso hacer las gestiones necesarias para habilitar a la familia para el ejercicio del cuidado, y sólo cuando aquello no sea posible, recién procurarle un medio alternativo de cuidado. (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 4 de abril de 2014, considerando 2º, Rol N° 549-2013; Vlex: 580984546).

12.- La Convención Internacional de los Derechos del Niño también consagra la primacía de la familia de origen, pues en el artículo 7.1 establece que el niño tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; en los artículos 8.1 y 9.1, respectivamente, consagra el compromiso que los Estados Partes asumieron en orden a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas, y a velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño; en el artículo 20.1 la adopción se contempla como una medida de protección tratándose de niños privados de su medio familiar, o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio; y en el artículo 21 la obligación de los Estados Partes de hacer todos los esfuerzos para brindar apoyo a las familias biológicas, de modo que sean capaces de mantener a sus hijos y así puedan desarrollarse en el medio familiar que los vio nacer, y en especial con sus padres. (Corte Suprema, sentencia de fecha 4 de junio de 2015, considerando 2º, Rol N° 30315-2014; Westlaw: CL/JUR/3172/2015).

13.- No resulta aconsejable sustraer a los menores de su grupo familiar, sobre todo cuando sus familiares se oponen a ello, ya que, no sólo se privaría de la



oportunidad a la familia paterna para cuidar a los niños, sino que, además, se pondría en serio riesgo la oportunidad de que los menores pudiesen crecer juntos, toda vez que siempre es aconsejable que los hermanos se acompañen en sus primeros años de vida, acogiendo de este modo, el principio de inseparabilidad de los hermanos. (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 3 de junio de 2016, considerando 3º, Rol N° 658-2015; Vlex:642101833).

14.- La adopción es de última "ratio" lo que significa que en el orden administrativo y judicial se deben agotar todos los esfuerzos al interior de la familia de origen, antes de adoptar una decisión que se traduzca en la separación de los menores respecto de aquella, de manera definitiva e irreversible. (Corte Suprema, sentencia de 29 de julio de 2014, considerando 7º, Rol N° 1831-2014; Westlaw: CL/JUR/4953/2014).

15.- Siendo la adopción un orden jurídico subsidiario que se debe al interés superior del niño, se constituye como un instituto de última ratio, es decir, que sólo procede en el caso que la familia de origen de un niño no se encuentre en condiciones de darle afecto y los cuidados necesarios para su bienestar en el orden espiritual y material. (Corte Suprema, sentencia de fecha 17 de diciembre de 2015, considerando 8º, Rol N° 8246-2015; Westlaw: CL/JUR/7918/2015).

16.- La adopción tiene un carácter excepcional, cuya aplicación debe ajustarse estrictamente a la regulación normativa dispuesta y a su eje central, que es el interés superior del niño, concepto que, aunque jurídicamente es indeterminado, aparece delimitado por las circunstancias de cada caso en particular. En este sentido, lo jueces del grado, dentro de las facultades que les son propias, le otorgan contenido en las directrices contenidas en los artículos 12 N° 1 de la Ley N° 19.620, artículo 226 y 225-2 del Código Civil y artículo 42 de la Ley N° 16.618. (Corte Suprema, sentencia de 29 de septiembre de 2014, considerando 11º, Rol N° 634-2014; Westlaw: CL/JUR/6948/2014).

17.- Es el Estado quien, con el fin de hacer prevalecer especialmente el derecho de identidad del niño, debe reforzar las habilidades parentales de los progenitores para que en conjunto logren el propósito buscado y ayudarlos en el aspecto material para permitirles cumplir con su rol. Al respecto, cabe recordar

que la Corte Suprema ha señalado que el referido derecho es esencial y una de las bases que sustentan e inspiran el nuevo estatuto de filiación, por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gelman vs Uruguay”, sentencia de 24 de febrero de 2011, lo definió: “como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos que se trate y las circunstancias del caso” agrega la Corte (...) “que es un derecho humano que comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, relación por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando el Estado obligado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios que disponga para hacerlo efectivo”. (Corte Suprema, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2014, voto en contra, considerando 11º, Rol N° 634-2014; Westlaw: CL/JUR/6948-2014).

18.- Se debe demostrar el agotamiento de los esfuerzos para reinsertar al niño con su familia de origen, todo ello de acuerdo con los principios de subsidiariedad de la adopción e interés superior del niño. (Corte Suprema, sentencia de 30 de enero de 2014, considerando 3º, Rol N° 6096-2013; Westlaw: CL/JUR/172/2014).

19.- El interés superior del niño aconseja que los menores de edad mantengan vínculos con su familia extendida ante la inhabilidad temporal de los padres. Así lo entendió el legislador, respecto del cuidado personal de los hijos, al establecer expresamente en el inciso segundo del artículo 226 del Código Civil que ante la inhabilidad física o moral de los padres, se preferirá a los ascendientes. (Corte Suprema, sentencia de 30 de enero de 2014, considerando 8º, Rol N° 6096-2013; Westlaw: CL/JUR/172/2014).

20.- Los jueces del fondo al establecer que no se configura una inhabilidad "grave y permanente" que justifique la declaración de susceptibilidad de adopción, en relación a lo establecido en el artículo 12 N° 1 de la Ley N° 19.620, no agregan ningún elemento ajeno a tales normas, ya que la inhabilidad, en sí

misma, es una falta de capacidad o disposición para ejercer los deberes u obligaciones que impone la paternidad/maternidad, condición que se manifiesta en determinadas conductas o comportamientos que están previstos en la ley y que corresponde al juez calificar. No es extraño entonces que para que el juez determine si existe tal incapacidad o inhabilidad, que es el supuesto de una declaración de susceptibilidad de adopción, tenga presente y lo haga explícito los principios que inspiran la institución sobre la base de ello, y exija que la conducta juzgada tenga la entidad necesaria, es decir, que sea grave y permanente para configurar aquella falta de habilidad física o moral. (Corte Suprema, sentencia de 4 de agosto de 2015, considerando 6º, Rol N° 31901-2014; Westlaw: CL/JUR/4411/2015).

21.- El principio rector de la adopción es la prioridad de la familia biológica, que se relaciona estrechamente con el derecho a la identidad del niño, pues el legislador evidencia manifiesta preferencia por la familia de origen y la consideración de la adopción, no como una forma alternativa de filiación, sino subsidiaria.

Así fluye de lo expresado en la Convención Internacional de los Derechos del Niño que en su artículo 7.1 establece que éste tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; a su vez, en los artículos 8.1 y 9.1, respectivamente, se consagra el compromiso que los Estados Partes asumieron en orden a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas, y a velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria con miras al interés superior del niño; en el artículo 20.1 la adopción se contempla como una medida de protección tratándose de niños privados de su medio familiar, o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio; y en el artículo 21 la obligación de los Estados Partes de hacer todos los esfuerzos para brindar apoyo a las familias biológicas, de modo que sean capaces de mantener a sus hijos y así puedan desarrollarse en el medio familiar que los vio nacer, y en especial con

sus padres. (Corte Suprema, sentencia de fecha 15 de diciembre de 2015, considerando 6º, Rol N° 6904-2015; Westlaw: CL/JUR/7895/2015).

22.- La adopción es una institución que encuentra su sustento en el principio rector del derecho de familia adecuado al interés superior del niño. En efecto, correspondiendo la adopción a una ficción legal por la que se considera como hijo a quien no lo es, debe centrarse en el beneficio del adoptado más que en el de los adoptantes, pero sólo en la hipótesis en que aquél no le pueda ser proporcionado por la familia de origen, lo que se reconduce a los principios basales de este instituto denominados de la subsidiariedad y de la prioridad de la familia biológica. (Corte Suprema, sentencia de fecha 15 de diciembre de 2015, considerando 13º, Rol N° 6904-2015; Westlaw: CL/JUR/7895/2015).

23.- El concepto de familia con el cual se compromete el legislador no se limita en caso alguno a la sola familia nuclear, padre y madre, sino a la familia extensa. (Corte Suprema, sentencia de fecha 15 de diciembre de 2015, considerando 13º, Rol N° 6904-2015; Westlaw: CL/JUR/7895/2015).

24.- Los artículos 6, número 2, y 7, número 1, de la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, prescriben que los Estados Partes deben tomar todas las medidas necesarias para asegurar a las mujeres con discapacidad el pleno desarrollo, adelanto y potenciación, con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales que establece, y a los niños y niñas en iguales condiciones el goce pleno de dichos derechos y libertades, entre ellos, los que señala el artículo 23, número 2 y 4, que ordena garantizar los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, tutela, guarda, adopción de niños o instituciones similares, velándose al máximo por el interés superior del niño, debiendo prestárseles la asistencia apropiada para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de sus hijos; y que los niños y niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo que sea necesaria en el interés superior del niño, pero en ningún caso podrá ser en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos. La citada normativa internacional se encuentra incorporada en la legislación nacional, concretamente en el artículo 9 de la Ley N° 20.422. (Corte Suprema, sentencia

de fecha 15 de diciembre de 2015, voto en contra, considerando 2º, Rol N° 5138-2015; Westlaw: CL/JUR/7771/2015).

#### 4.3.2.- Sentencias que acogen la susceptibilidad de adopción:

Podríamos considerar que el principal argumento sostenido por los jueces para acoger la susceptibilidad de adopción está basado en el interés superior del niño, relacionado con su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia.

Los criterios, conceptos e ideas relevantes en este sentido, contenidos en las sentencias, son los siguientes:

1.- La conveniencia de que el niño sea declarado susceptible de adopción significa poder otorgarle la posibilidad de insertarse en una familia adoptiva, a fin de generar el contexto de reparación óptimo para que logre desarrollar conductas de apego seguro, tales como: conductas prosociales, establecimiento de relaciones saludables y la posibilidad de ejercer parentalidad bientratante en el futuro. (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 23 de julio de 2015, considerando 8º, Rol N° 276-2015, Vlex: 579049814).

2.- El niño requiere una dinámica familiar donde se cumplan los roles parentales de manera apropiada, en la cual sea sujeto de cuidados diligentes, atención exclusiva, contención afectiva adecuada. Lo anterior, desarrollará en el niño sentimientos de seguridad y estabilidad respecto de las figuras adultas significativas, en especial de la figura materna y paterna, todo lo cual no se ha podido concretar aún en su vida. (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 23 de julio de 2015, considerando 8º, Rol N° 276-2015, Vlex: 579049814).

3.- La larga institucionalización priva al niño de su derecho a vivir en familia y de continuar en tal situación, podría generar un apego de tipo inseguro y/o trastornos de apego, dificultades a nivel relacional, conductual y emocional, ya que se perpetuarían modelos de funcionamiento interno poco saludables y construcciones mentales de desesperanza y bajo autoconcepto personal. (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 23 de julio de 2015, considerando 8º, Rol N° 276-2015, Vlex: 579049814).

4.- La importancia que el niño sea incorporado a una familia adoptiva, capaz de hacerlo sentir importante, único y parte de un esquema familiar que potencie sus

capacidades individuales. (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 23 de julio de 2015, considerando 8º, Rol N° 276-2015, Vlex: 579049814).

5.- Es palmario que la finalidad de la institución legal de la adopción, en cuanto fuente de filiación, se centra principalmente en el beneficio del niño que va a ser adoptado más allá del de los adoptantes, pues lo que se pretende es proporcionarle a éste una familia que lo proteja y le brinde las condiciones para su adecuado desarrollo, como hijo de éstos, al no haber podido contar con su familia biológica. (Corte Suprema, sentencia de 15 de diciembre de 2015, considerando 6º, Rol N° 6904-2015; Westlaw: CL/JUR/7895/2015).

6.- La legislación de menores vigente reconoce, expresamente el derecho del menor a vivir y desarrollarse en un grupo familiar, vale decir, cada niño tiene derecho a pertenecer a un grupo familiar que constituya el marco sociocultural esencialmente formativo que lo ampare y proteja, siendo éste el interés al que los sentenciadores deben atender. (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 23 de julio de 2015, considerando 12º, Rol N° 276-2015; Vlex: 579049814).

7.- La finalidad primordial de la adopción, no sólo se limita a que el niño se desarrolle en el seno de una familia, sino que además se le brinden afectos y se le procuren los cuidados necesarios para satisfacer sus necesidades, tanto espirituales y materiales, cuando esto no pueda ser proporcionado por su familia de origen. (Corte Suprema, sentencia de 29 de septiembre de 2014, considerando 12º, Rol N° 634-2014; Westlaw: CL/JUR/6948/2014).

8.- La obligación de velar por el interés superior del niño ha de centrarse en instar por el amparo de su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y de orden material, permitiéndole alcanzar el desarrollo y protección de los derechos fundamentales que le corresponden, posibilitando la mayor suma de ventajas en todos los aspectos de su vida, en la perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desenvolvimiento de su personalidad, prescindiendo de su filiación de origen todo lo que no pudo ser proporcionado por su familia biológica y extensa. (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 23 de julio de 2015, considerando 14º, Rol N° 276-2015, Vlex:

579049814; Corte Suprema, sentencia de 24 de julio de 2013, Rol N° 2455-2013).

9.- El interés superior del niño es el principio esencial que informa la legislación de menores, principio que también recoge la Ley 19.620, en su artículo 1°. El principio, ha sido definido como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona menor de edad, y en general de los derechos que buscan su mayor bienestar”<sup>129</sup>. De esta forma, podemos afirmar que se reconoce al menor como sujeto de derechos y el Tribunal ha de resolver, considerando precisamente aquellos derechos que forman parte del anillo de seguridad, que privilegia decisiones fundadas en los derechos humanos de los niños. (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 25 de agosto de 2015, considerando 3°, Rol N° 318-2015; Vlex: 641639665).

10.- Tal como lo ha señalado la Excma. Corte Suprema, "debe considerarse como principio rector de interpretación y de decisión, el del interés superior del niño, concepto que, aunque jurídicamente indeterminado y de contornos imprecisos, aparece delimitado por las circunstancias de cada caso en particular...". "El interés superior del niño consiste en la plena satisfacción de sus derechos afectivos, económicos y de educación."<sup>130</sup> (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 5 de octubre de 2015, considerando 6°, Rol N° 367-2015; Westlaw: CL/JUR/6052/2015).

11.- En relación con el interés superior del niño, como no es posible señalar en términos absolutos cual es su significado, ya que depende de la circunstancialidad fáctica, no puede obviarse la existencia del marco general que entiende este principio como un orientador a la plena satisfacción de los derechos fundamentales del niño. En este contexto, las últimas reformas introducidas al Código Civil entregan ciertos parámetros objetivos que debieran ser útiles para controlar, incluso en sede de casación, si resulta pertinente, la adecuada aplicación del principio al caso concreto, en la medida que el establecimiento de los hechos lo permita. (Corte Suprema, sentencia de fecha 5

---

<sup>129</sup> BAEZA CONCHA, Gloria. “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, Nº 2, p. 356.

<sup>130</sup> BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. “Código de la Familia”, op. cit., pp. 620 y 621.



de agosto de 2015, considerando 10º, Rol N° 32058-2014; Westlaw: CL/JUR/4443/2015).

12.- No basta el mero contacto con el hijo, por parte del padre o de la madre que se opone a la declaración de susceptibilidad, sino que se requiere que dicha vinculación sea de calidad, que permita presumir fundadamente que al niño le será posible vivir en un entorno de bienestar emocional y con la satisfacción de sus necesidades acorde con su dignidad de persona humana y niño objeto de protección, justamente con el fin de resguardar su interés superior. (Corte Suprema, sentencia de 10 de septiembre de 2014, considerando 6º, Rol N° 4000-2014; Westlaw: CL/JUR/6428/2014).

13.- En la susceptibilidad de adopción por integración, es necesario en la interpretación de las normas que rigen esta materia, tener en cuenta la opinión del menor que va a ser adoptado, tratándose de aquellos que, en razón de su edad y juicio, están en condición de ser oídos y considerados. Hay que procurar darles a éstos, la posibilidad de afirmar su identidad social y ejercer con plenitud sus derechos, especialmente en aquellos casos en que no existe vinculación alguna con parte de su familia de origen. (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 6 de agosto de 2014, considerando 11º, Rol N° 198-2014; Vlex: 579440406).

14.- La consideración del principio de autonomía progresiva del menor consagrado en la Convención de los Derechos del Niño, que se asienta en la idea de que la facultad del niño para ejercer sus derechos autónomamente se va haciendo cada vez más amplia a medida que sus competencias se desarrollan, lo que implica que el deber de los padres de impartir orientación y directrices adecuadas para el ejercicio de tales derechos, va variando conforme evolucionan las facultades del menor, debiendo evitarse que en nombre de la representación de sus derechos se le prive de la posibilidad de intervenir efectivamente en la configuración de su vida. En la especie, en el caso que un adolescente manifieste claramente su deseo de ser adoptado por quien considera su verdadero padre, teniendo en consideración su interés superior, éste no debería ser desatendido. (Corte Suprema, sentencia de 15 de diciembre

de 2015, voto en contra, considerando 4º, Rol N° 6904-2015; Westlaw: CL/JUR/7895/2015).

15.- En la susceptibilidad de adopción por integración, conviene recordar el mandato de la Constitución Política de la República, que señala en su artículo 1º, inciso segundo, que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad; los Tratados Internacionales suscritos por Chile, en especial la Convención de los Derechos del Niño, que en su artículo 21 establece que los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés del niño sea la consideración primordial y el artículo 1º de la ley N° 19.620, que señala que la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del niño y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, esto último es precisamente lo que han hecho los solicitantes de autos, como ya se dijo, sin que su padre biológico hubiera tenido alguna participación.

Incluso el legislador, en los artículos 200 y 201 del Código Civil, ha facultado al juez, en aras del interés superior del niño, prefiera la posesión notoria de hijo, debidamente acreditada, a las pruebas de carácter biológico cuando haya contradicción entre unas y otras.

De manera que debe prevalecer la verdad social y darle estabilidad a su estado de filiación adquirido en los hechos. (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 5 de octubre de 2015, considerando 6º, Rol N° 367-2015; Westlaw: CL/JUR/6052/2015).

16.- La vida y el futuro de un menor, necesariamente debe analizarse y proyectarse con los elementos de la realidad que lo circunda, y no puede, por ende, quedar supeditada a la preponderancia puramente conceptual de determinados principios, como ocurre con la subsidiariedad de la adopción, cuya eficacia sólo puede depender de la posibilidad cierta de brindar a los menores de edad, un hogar estable que les asegure un nivel de vida adecuado –en los afectos y en el ejemplo– para su desarrollo físico, mental, espiritual, social y moral. (Corte Suprema, sentencia de fecha 29 de enero de 2014, voto en contra, considerando 5º, Rol N° 6621-2013; Westlaw: CL/JUR/167/2014).

17.- Que si bien ha de propenderse a privilegiar la familia de origen y a reconocer la subsidiariedad de la adopción, no puede soslayarse que ello sólo será posible en un escenario real y debidamente establecido de contar la familia de origen con las capacidades y habilidades parentales necesarias y suficientes para asegurar el adecuado desarrollo de los menores y su seguridad material y moral, lo que supone, en forma previa, la capacidad de reconocer sus carencias y demostrar una actitud de disposición para recibir capacitación adecuada. (Corte Suprema, sentencia de fecha 30 de enero de 2014, voto en contra, considerando 6º, Rol N° 6096-2013; Westlaw: CL/JUR/172/2014).

18.- Se contravienen conocimientos científicamente afianzados que constatan la inhabilidad de los padres, cuando se privilegian antecedentes sobre la base de una premisa voluntarista, que ve en la familia, por el sólo hecho de existir, una realidad positiva, en circunstancias en que se acreditan hechos concretos de abandono y negligencia que dañan al niño. (Corte Suprema, sentencia de fecha 4 de junio de 2015, voto en contra, Rol N° 29568-2014; Westlaw: CL/JUR/3074/2015).

19.- La carencia de respuesta estatal a una situación particular de un adulto de capacidades diferentes no puede implicar que se condene a una niña a sufrir una prolongada institucionalización a la espera incierta, incluso improbable, de que su madre llegue en el largo plazo a adquirir competencias mínimas para asumir sus cuidados. (Corte Suprema, sentencia de fecha 15 de diciembre de 2015, considerando 3º, Rol N° 5138-2015; Westlaw: CL/JUR/7771/2015).

20.- La institución de la adopción no puede estimarse como una "medida grave", ni contraria al interés superior de los niños, por lo que con toda la importancia que merece el principio de subsidiaridad, debe procurarse darle la aplicación para la cual fue creada, que no es otra que permitirle a los niños y adolescentes vivir en una familia que les brinde el afecto y atención necesarios para alcanzar el pleno desarrollo de sus potencialidades materiales y espirituales. (Corte Suprema, sentencia de fecha 15 de diciembre de 2015, voto en contra, considerando 5º, Rol N° 6904-2015; Westlaw: CL/JUR/7895/2015).

## **5.- Cuarta Parte: Informes Servicio Nacional de Menores – SENAME.**

El artículo 7 de la Ley N° 19.620 señala que: *“El programa de adopción es el conjunto de actividades tendientes a procurar al menor una familia responsable. Estas actividades la realizarán el Servicio Nacional de Menores y los organismos acreditados ante éste, a través de profesionales expertos y habilitados en esta área. Comprende principalmente el apoyo y la orientación a la familia de origen del menor, la recepción y el cuidado de éste, la evaluación técnica de los solicitantes y la preparación de éstos como familia adoptiva, a cuyo efecto les corresponderá acreditar la idoneidad requerida en el artículo 20 de esta ley”.*

En mérito de esta disposición, se colige la responsabilidad del Servicio Nacional de Menores de velar de manera integral por la recepción, cuidado y protección de los niños, niñas y adolescentes en relación con sus derechos fundamentales, a lo largo de todo el país. Según lo indica la propia pagina web del Sename, para eso, existen más de 200 centros residenciales que ejecutan los programas desarrollados por el Sename y su Departamento de Protección; diez de ellos son Centros de Reparación Especializada de Administración Directa (Cread), a cargo del Servicio, y el resto lo integran residencias administradas por instituciones colaboradoras del Sename.

Los Cread son centros residenciales administrados directamente por el Sename, donde todos los casos que se atienden corresponden a derivaciones desde los Tribunales de Familia. Cada centro está concebido como un espacio residencial para implementar las medidas de protección decretadas por la autoridad judicial, caracterizadas por su condición excepcional y provisoria, a las que sólo se recurrirá cuando los niños y niñas de entre 0 y 18 años deban ser separados de sus familias para la protección de sus derechos, al tiempo que se profundiza tanto el diagnóstico que dio origen a la medida como su situación sociofamiliar y de desarrollo individual, a fin de proponer los medios más adecuados para la pronta restitución de sus derechos.

Una de las principales funciones de estos Centros de Reparación Especializada, es asegurar una adecuada calidad de vida de los niños, niñas y adolescentes atendidos, satisfaciendo sus necesidades básicas, psicológicas,

sociales, de salud y de estimulación temprana, con el fin de promover su desarrollo integral y minimizar el impacto de la internación.

Esta descripción sobre los Centros de Reparación Especializada y sus objetivos consta en la página web del Sename, sin embargo al contrastarlo con la realidad, ha resultado ser lamentablemente una mera aspiración, ineficiente en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

#### 5.1.- Informe de Auditoría Social Sename - Mayo 2018

Al efecto, existe un Informe de Auditoría Social desarrollado por el propio Sename, de fecha 25 de mayo de 2018, en el cual se hace un levantamiento de información administrativa total de las Residencias Red Sename, en cuanto a la situación educacional de los niños, niñas y adolescentes de programas de administración directa y organismos colaboradores, situación de ficha social y situación de salud. El mismo levantamiento de información se realiza en terreno sobre las Residencias de Administración Directa del Sename.

Este informe es bastante concluyente, en cuanto a las deficiencias del sistema, el cual constata que se vulneran en las áreas analizadas en estos Centros Residenciales, los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Las conclusiones que contiene el informe son las siguientes:

“1.- Con la información recabada, es inevitable constatar que existen debilidades importantes relacionadas con la gestión tanto técnica como administrativa de los centros. Esto tiene que ver principalmente con un proceso de intervención inestable, que no cuenta con estándares claros en cuanto a plazos, contenidos y tipo de trabajo a realizar. Como así también, con la ausencia de mediciones que permitan conocer con cierto nivel de certeza cuales son los avances o retrocesos del proceso del niño, niña, adolescente y su familia, a fin de mantener o corregir el rumbo, aproximándose de manera más certera a la superación definitiva de la situación de vulneración que da origen a su privación del cuidado parental.

2.- Parte de los descubrimientos logrados, a través de la auditoría social revelan que, como sistema, no contamos con la información completa respecto del estado de salud de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en los

centros. Esto impide ponderar adecuadamente el daño al que se han visto expuestos a lo largo de su historia, a fin de poder reaccionar de manera adecuada tomando medidas pertinentes y suficientes al respecto. Sin esta información es muy difícil plantearse responsablemente el camino a seguir en pro de una restitución de derechos, reparación de la vulneración y consecuente egreso satisfactorio de los niños, niñas y adolescentes de cada uno de los centros.

3.- Dado lo revelador de la experiencia de esta auditoría social y sus resultados nos parece muy recomendable que esta herramienta pueda ser incorporada dentro del nuevo modelo de supervisión que se está elaborando para comenzar a aplicarse en el año 2019. En especial, destacar el levantamiento de la información directamente en terreno de la realidad de cada uno de los niños que se encuentran actualmente en nuestros centros de administración directa.

4.- Finalmente, y en relación con lo previamente señalado, mencionar que los planes de intervención individual de los niños no dan cuenta de manera suficiente del recorrido que cada uno de ellos debiera seguir para acercarse a la superación de la vulneración y el egreso. Si bien la mayoría de los niños, niñas y adolescentes cuentan con un plan de intervención declarado, en muchas oportunidades este no supera lo que se señala en el papel, puesto que el abordaje técnico de la intervención es muy débil, especialmente con las familias, lo que se traduce en falta de objetivos claros, tipo de intervención definida, periodicidad y plazos acotados, y metas o logros bien delineados y adecuadamente evaluados<sup>131</sup>.

El resultado de este informe es preocupante, por cuanto la auditoría a los once centros Cread<sup>132</sup> estableció que el 58% de los niños, niñas y adolescentes residentes en los centros estudiados tiene problemas de salud mental, un 48% sufre problemas relacionados con la droga y el alcohol, mientras que el 44% presenta retraso escolar y un 34% no asiste regularmente a clases.

---

<sup>131</sup> [www.sename.cl/web/wp-content/.../Informe-Auditoria-Social-Centros-Sename.pdf](http://www.sename.cl/web/wp-content/.../Informe-Auditoria-Social-Centros-Sename.pdf)

<sup>132</sup> Centros de Reparación Especializada (Cread): Alborada, Arica, Arrullo, Belén, Capullo, Casa Nacional, Entre Silos, Galvarino, Nuevo Amanecer, Playa Ancha y Pudahuel.

## 5.2.- Informe Final del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas. Junio 2018

A mayor abundamiento, con fecha 7 de junio de 2018, el Gobierno de Chile recibió el Informe Final del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, en el cual se establece la existencia de una violación grave y sistemática de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en centros de protección residenciales en Chile, bajo control directo o indirecto del Sename. Cabe recordar, que la visita e investigación del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas a nuestro país, fue promovida tras el fallecimiento de la niña de 11 años, Lisette Villa, en el Cread Galvarino de Estación Central, el año 2016. De esta forma, el 22 de julio de 2016 el Comité recibió una solicitud de investigación en relación con los niños, niñas y adolescentes privados de entorno familiar que se encontrasen en Centros Residenciales de Chile, bajo control directo o indirecto del SENAME. Los hechos descritos indicaban una posible violación grave y sistemática de los derechos enunciados en la Convención. Dicha información fue completada con documentos oficiales del SENAME, de la Cámara de Diputados y de la Fiscalía, que se hicieron llegar al Comité.

En efecto, de conformidad con el artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a un procedimiento de comunicaciones, “el Comité si recibe información fidedigna que indique violaciones graves o sistemáticas por un Estado parte de los derechos enunciados en la Convención o en sus Protocolos facultativos, invitará a ese Estado a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar sin dilación sus observaciones al respecto”. “El Comité, teniendo en cuenta las observaciones que haya presentado el Estado parte de que se trate, así como cualquier otra información fidedigna que se haya puesto a su disposición, podrá designar a uno o más de sus miembros para que realicen una investigación y le presente un informe con carácter urgente. Cuando se justifique, y con el consentimiento del Estado parte, la investigación podrá incluir una visita al territorio de éste”.

Como se ha mencionado, Chile ratificó la Convención de los Derechos del Niño el 13 de agosto de 1990 y el Protocolo Facultativo el 1 de septiembre de

2015. El procedimiento del artículo 13, es por tanto aplicable a partir del 1 de diciembre de 2015.

El documento señala claramente que han existido violaciones a los derechos humanos de los NNA en centros del Sename y que el Estado tiene la obligación de reparar a las víctimas. Establece este informe en el numerando 109 de la letra B), Parte V, sobre: “Existencia de una violación grave y sistemática de los derechos de los NNA que se encuentran en centros de protección residencial en Chile bajo control directo o indirecto del SENAME”, página 16, que: “El Estado es directamente responsable de las violaciones llevadas a cabo en los CREAD, así como de las llevadas a cabo en los OCAS (Organismos colaboradores acreditados por el Sename) u otros centros. Y ello, no sólo por falta de supervisión, sino también porque dichos centros, a efectos de atribución de responsabilidad, deben ser considerados del Estado”<sup>133</sup>.

En cuanto a la naturaleza grave o sistemática de las violaciones el informe señala en el numerando 114 de la letra C), página 16, Parte V, sobre: “Existencia de una violación grave y sistemática de los derechos de los NNA que se encuentran en centros de protección residencial en Chile bajo control directo o indirecto del SENAME”, que: “El Comité evalúa la gravedad de las violaciones en Chile a la luz del daño y sufrimiento experimentados por los NNA en el sistema residencial del SENAME. Las vulneraciones de derechos afectaron a miles de NNA que entraron en los hogares, en todo el territorio del país y durante un período largo de tiempo, que se prolonga hasta hoy. Las violaciones encontradas son de una naturaleza amplia y su impacto se estima de largo plazo”<sup>134</sup>.

Por su parte, el numerando 116 de la letra C), Parte V, sobre: “Existencia de una violación grave y sistemática de los derechos de los NNA que se encuentran en centros de protección residencial en Chile bajo control directo o indirecto del SENAME”, páginas 16 y 17 dispone que: “El Comité considera que el Estado parte es responsable de:

a) Graves violaciones de los derechos enunciados en la Convención, considerando que el sistema de protección residencial de Chile ha resultado en

---

<sup>133</sup> [http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Informe\\_del\\_Comit%C3%A9\\_de\\_la\\_Ni%C3%B1ez\\_de\\_ONU.pdf](http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Informe_del_Comit%C3%A9_de_la_Ni%C3%B1ez_de_ONU.pdf)

<sup>134</sup> [http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Informe\\_del\\_Comit%C3%A9\\_de\\_la\\_Ni%C3%B1ez\\_de\\_ONU.pdf](http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Informe_del_Comit%C3%A9_de_la_Ni%C3%B1ez_de_ONU.pdf)



una amplia vulneración de derechos de miles de NNA bajo la tutela del Estado durante un largo período de tiempo y, en particular:

- i. Violación de su obligación de respetar los derechos de los NNA en las residencias de administración directa del Estado, que ha resultado en una re-victimización de los NNA por parte del personal;
- ii. Violación de su obligación de proteger por no proveer la protección y el cuidado adecuado a los NNA que entran en el sistema de protección residencial por haber sido víctimas de vulneración de derechos, ni los cuidados necesarios para la recuperación y rehabilitación física y psicológica de los NNA;
- iii. Violación de su obligación de hacer cumplir los derechos de los NNA por la inexistencia de medidas efectivas y oportunas para poner fin a las violaciones de derechos, tanto en su familia de origen como en las residencias de administración privada.

b) Violaciones sistemáticas de los derechos enunciados en la Convención a causa de:

- i. La falta de una ley integral de protección de la niñez basada en una perspectiva de derechos humanos;
- ii. La existencia y uso extendido y continuado de medidas judiciales que fallan en su propósito de protección y recuperación;
- iii. El mantenimiento de un cuadro administrativo del SENAME no adecuado en recursos humanos y financieros;
- iv. La incapacidad y/o voluntad de tomar medidas eficaces y oportunas a pesar de que la situación del sistema de protección residencial es conocida, a través de informes oficiales de los poderes ejecutivo, judicial y legislativo.”<sup>135</sup>

Para finalizar, el informe en el numerando 124 de la letra A) sobre Protección y Prevención, Parte VII, página 18, realiza las recomendaciones para que Chile adopte el paradigma de protección integral de la Convención, especialmente:

---

<sup>135</sup> [http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Informe\\_del\\_Comit%C3%A9\\_de\\_la\\_Ni%C3%B1ez\\_de\\_ONU.pdf](http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Informe_del_Comit%C3%A9_de_la_Ni%C3%B1ez_de_ONU.pdf)

- a) “Aprobando con urgencia la ley de protección integral de la infancia y garantizando que ésta sea conforme con la Convención;
- b) Promoviendo los derechos de todos los NNA y estableciendo programas que detecten prontamente los riesgos de violaciones;
- c) Prestando la asistencia apropiada a la familia en el cumplimiento de sus obligaciones parentales a fin de reducir la necesidad de cuidados alternativos;
- d) Protegiendo a los NNA vulnerados en sus derechos con medidas que prioricen el acogimiento familiar, en familia extensa o ajena, frente al residencial; y trabajando con la familia para procurar su retorno siempre que sea en interés superior del NNA.”<sup>136</sup>

En cuanto a la reparación de las víctimas, el numerando 131 y 132 de la letra B) de la Parte VII sobre Recomendaciones, página 19, señala que:

“131. De conformidad con el artículo 39 de la Convención, Chile tiene la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo NNA víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que esa recuperación e reintegración se lleve a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

132. El Comité desea resaltar que, en el caso específico de esta investigación, el Estado parte tiene una obligación reforzada de reparación de las víctimas por ser el mismo Estado el responsable directo de las violaciones de los derechos de gran parte de los NNA ingresados en centros de protección, tanto a través de la acción u omisión de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, como a través de acciones u omisiones de funcionarios del SENAME y trabajadores de los OCAS.”<sup>137</sup>

En mérito de estos informes y de la investigación que realiza el Ministerio Público, en la actualidad, por la muerte de una cifra inverosímil de 1.313 niños, niñas y adolescentes al interior del Sename, en los últimos 11 años, una de las

---

<sup>136</sup> [http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Informe\\_del\\_Comit%C3%A9\\_de\\_la\\_Ni%C3%B1ez\\_de\\_ONU.pdf](http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Informe_del_Comit%C3%A9_de_la_Ni%C3%B1ez_de_ONU.pdf)

<sup>137</sup> [http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Informe\\_del\\_Comit%C3%A9\\_de\\_la\\_Ni%C3%B1ez\\_de\\_ONU.pdf](http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Informe_del_Comit%C3%A9_de_la_Ni%C3%B1ez_de_ONU.pdf)

medidas que ha tomado el Gobierno es proponer una reforma al Sename, contenido en el Proyecto de Reforma de Ley, Boletín N° 12.027-07 de fecha 5 de agosto de 2018, creando un Servicio de Protección de la Niñez y un Servicio de Reinserción Social Juvenil, separando de esta forma sus funciones entre las que dicen relación con la protección de los niños, niñas y adolescentes, de aquellas relacionadas con la responsabilidad penal adolescente.

## **6.- Quinta Parte: Proyecto de Reforma de Ley de Adopción. Boletín N° 9.119-2018.**

El proyecto de reforma de la Ley de Adopción ingresó al Congreso con fecha 8 de octubre de 2013 por Mensaje N° 206-361 del Presidente de la República de la época, Sr. Sebastián Piñera. Este año, con fecha 28 de mayo ingresó a la Cámara de Diputados un nuevo Mensaje del Presidente de la República, el cual promueve una reforma integral del Sistema de Adopción Chileno<sup>138</sup>.

El objetivo de este Proyecto de Ley es modificar la actual legislación de adopción, a fin de corregir la lentitud del proceso para declarar a un niño, niña o adolescente susceptible de ser adoptado y mejorar el sistema de postulación para ser considerado idóneo para adoptar.

Al efecto, quisiera destacar algunas normas del proyecto que vienen a enmendar los vacíos legales existentes en cuanto a plazos y requisitos para la adoptabilidad; cambiar el concepto de menor como “objeto de protección” por el de niño, niña o adolescente como “sujeto de protección”; y establecer de manera clara los principios del Derecho de Familia que se involucran en la institución de la adopción, a fin de mejorar la aplicación consecuentemente que harán los tribunales de justicia.

### **6.1.- En cuanto a los principios involucrados en la adopción:**

#### **a) Interés Superior del Niño y Subsidiariedad de la Adopción:**

El artículo 1° reitera que el objeto de la adopción es velar por el interés superior del niño, niña o adolescente adoptado, amparando su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen.

Asimismo, agrega a continuación de forma expresa el mismo inciso primero del artículo 1°, que la adopción es siempre subsidiaria.

---

<sup>138</sup> [https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=9535&prmBoletin=9119-18](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9535&prmBoletin=9119-18)

Complementa el principio del interés superior del niño, el artículo 35, sobre la finalidad del procedimiento de adopción y supletoriedad, el cual dispone en sus incisos 1º y 2º que: *“El procedimiento de adopción tiene por finalidad amparar el derecho a vivir en familia del niño, niña o adolescente por sentencia firme y ejecutoriada en los términos previstos en el Título II anterior.*

*Durante el desarrollo del procedimiento de adopción se deberá velar siempre por el interés superior del niño”.*

**b) Principio de Reserva Relativa:**

El actual artículo 28 de la Ley N° 19.620 sería reemplazado por el artículo 10, el cual se refiere al principio de reserva relativa, señalando que: *“Todas las tramitaciones, tanto judiciales como administrativas, así como los documentos y registros a que den lugar los procedimientos que regula esta ley, serán reservados y sólo tendrán acceso a éstos las partes y sus apoderados judiciales. Las autoridades administrativas y judiciales deberán adoptar todas las medidas de resguardo necesarias para el estricto cumplimiento de este fin. No obstante, lo señalado en el inciso anterior, el representante del niño, niña y adolescente, o las partes de los procedimientos reglados en esta ley, podrán solicitar las certificaciones o copias necesarias para impetrar los derechos que les correspondan. Asimismo, los representantes podrán solicitar las certificaciones o copias que resulten necesarias para realizar actuaciones en beneficio del niño, niña o adolescente que tengan bajo su cuidado personal”.*

**c) Derecho del niño, niña y adolescente a ser oído:**

El actual artículo 3 de la Ley N° 19.620 sería reemplazado por el artículo 11, el cual dispone que: *“Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a que sus opiniones sean oídas y debidamente consideradas, de acuerdo a su edad y grado de madurez, en cualquier etapa de los procedimientos establecidos en la presente ley.*

Durante el procedimiento de adoptabilidad serán oídos los niños, niñas o adolescentes, en conformidad y con los efectos que dispone el artículo 21.

Asimismo, durante el procedimiento de adopción, el niño, niña o adolescente podrá expresar su conformidad o disconformidad con la solicitud presentada por el o los interesados.

El juez deberá asegurarse de que el niño, niña o adolescente que hubiese manifestado su voluntad según lo expresado en los incisos anteriores, lo haya hecho de forma libre y voluntaria, procurando establecer las medidas necesarias para proteger su integridad física y psíquica, así como su privacidad”.

Por su parte el artículo 21º letra b) sobre la audiencia preparatoria establece que: *“La audiencia preparatoria se llevará a cabo con las partes que asistan. Esta tendrá por objeto:*

*b) Oír al niño, niña o adolescente, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 11 de la presente ley. El adolescente deberá asentir expresamente ante el juez en relación con la posibilidad de ser declarado adoptable; en caso de negativa, terminará el procedimiento.*

*En caso de que el niño o niña manifieste su negativa en relación con la posibilidad de ser declarado adoptable, o cuando el adolescente no manifieste su voluntad, el juez podrá, por resolución fundada, ordenar que continúe el procedimiento, dejando constancia de los motivos invocados por la niña, niño o adolescente, si los hubiere, debiendo haber oído al curador ad litem.”*

d) Derecho a la identidad:

El actual artículo 27 inciso 3º de la Ley N° 19.620, sería reemplazo por el artículo 12, el cual reconoce el derecho a conocer el origen de la filiación: *“Cualquier persona mayor de 14 años, podrá solicitar al Registro Civil que le informe si su filiación es resultado de una adopción, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 65 de la presente ley.”*

El citado artículo 65 del Proyecto de Ley dispone que: *“Cualquier persona mayor de 14 años, actuando por sí o representada por el Servicio o un organismo nacional acreditado, podrá solicitar al Registro Civil que le informe si su filiación*

*es resultado de una adopción. En tal caso, se le deberá indicar la individualización del proceso judicial respectivo.*

*Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, el Estado, a través del Registro Civil, garantizará la conservación de la información relativa a la identidad de la familia de origen y demás antecedentes vinculados a la adopción.”*

En relación a esta obligación que se impone el Estado, es importante señalar que a pesar, de que el artículo 3º inciso 2º del Proyecto de Ley, señala sobre la adopción que: *“En su constitución y efectos se tendrán en consideración las normas de esta ley, los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política de la República y leyes nacionales, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio de la Haya, de 1993, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional y demás tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*, lo cierto es que, en este proyecto de reforma, no se ha incluido ni se asegura la conservación y en consecuencia la entrega de información relativa al historial médico del niño, como lo ordena el artículo 30 de la Convención de la Haya.

El artículo 67 del Proyecto de Ley, agrega respecto al derecho a la identidad, la búsqueda de orígenes: *“Las personas mayores de 14 años de edad interesadas en iniciar un proceso de vinculación con su familia de origen, deberán ser asesoradas por el organismo acreditado que intervino en la adopción, el Servicio u otro en subsidio.*

*En caso de tratarse de adopciones internacionales, también podrá intervenir la autoridad competente del Estado de recepción que actuó como intermediario”.*

e) Principio de inseparabilidad de los hermanos:

El actual artículo 23 inciso 5º de la Ley Nº 19.620, sería reemplazado por el artículo 35 inciso 3º, el cual establece que: *“En caso de que dos o más hermanos hayan sido declarados adoptables, se procurará que sean adoptados por el o los mismos requirentes. Si ello no fuere posible, el juez deberá velar por la continuidad del vínculo fraterno entre ellos”.*

f) Principio de preferencia de familia adoptiva que incluya el rol de padre y madre:

A diferencia de la preferencia de la familia matrimonial como lo dispone el artículo 20 de la Ley N° 19.620, el Proyecto de Ley en el artículo 38 establece los requisitos de las personas que quieran adoptar, señalando que: *“Las personas que deseen adoptar deberán cumplir con los siguientes requisitos:*

*c) Haber recibido certificación de contar con las condiciones generales para la adopción de un niño, niña o adolescente, de conformidad a lo establecido por el artículo 39 siguiente”.*

El artículo 39 letra f) dispone sobre la certificación de poseer las condiciones generales para la adopción de un niño, niña o adolescente, que: *“La evaluación deberá tener en consideración al menos, los siguientes criterios: f) Tratándose de dos postulantes relacionados entre sí, se deberá considerar la estabilidad y antigüedad de su relación, su actuar de consuno, y especialmente, la existencia de un ambiente familiar donde se pueda ejercer el rol de padre y madre.”*

Si bien esta disposición reconoce las nuevas formas de familia, en cuanto al hecho de que existen vinculaciones de pareja, no sólo en razón del matrimonio, como ocurre en la legislación actual, excluye la posibilidad de adopción a parejas homosexuales, desde el momento que establece como requisito un ambiente familiar donde se pueda ejercer adecuadamente el rol de padre y madre.

Por lo tanto, parte de la discusión de este Proyecto de Ley es la adopción homoparental. Uno de los argumentos, a favor de esta inclusión, es que lo verdaderamente importante para un correcto crecimiento de un niño, niña o adolescente, no es el sexo de los padres adoptivos, sino las consideraciones relacionadas con las capacidades de éstos, para asumir el cuidado, protección y crianza de ese niño, a niña o adolescente, brindándoles la familia que ellos necesitan y que constituye su derecho.

Respecto de las personas solteras, divorciadas o viudas que establece el último orden de prelación para adoptar en nuestra legislación actual, en el



artículo 21 de la Ley N° 19.620; el Proyecto de Ley no lo distingue de esa manera, estableciendo simplemente de forma genérica los requisitos de las personas que deseen adoptar en el artículo 38. Esto se ve ratificado en el artículo 39 letra f) del proyecto al referir: *“Tratándose de dos postulantes...”*, dejando en claro de esta forma, que el postulante podría ser tan sólo una persona.

g) Principio de preferencia de la Adopción Nacional:

La actual legislación de adopción en el artículo 30 dispone que la adopción por personas no residentes en Chile sólo procederá cuando no existan matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile interesados en adoptar al menor y que cumplan con los requisitos legales.

Esto es ratificado por el artículo 52, inciso 1º, del Proyecto de Ley al establecer la subsidiariedad de la adopción internacional: *“La adopción de un niño, niña o adolescente residente en Chile, por personas residentes en el extranjero, sólo procederá a falta de personas interesadas en adoptarlo en conformidad a las reglas de la adopción nacional”*.

Sin perjuicio de esto, el Proyecto de Ley se hace cargo de incorporar un nuevo Título IV sobre Procedimientos de Adopción Internacional, estableciendo el artículo 51 que: *“La adopción de un niño, niña o adolescente residente en Chile, por personas residentes en el extranjero, cualquiera sea su nacionalidad, se constituye en Chile, de acuerdo al procedimiento establecido en el presente Párrafo y se sujetará, además, a las convenciones internacionales que hayan sido ratificadas por Chile y que se encuentren vigentes, en especial, a lo previsto por el Convenio de la Haya.”*

6.2.- En cuanto a las causales de adoptabilidad:

En reemplazo del actual artículo 12 de la Ley N° 19.620, el Proyecto de Ley establece en su artículo 13 las siguientes causales:

*“Podrá iniciarse el procedimiento de adoptabilidad respecto de niños, niñas o adolescentes, que se encontraren en alguna de las siguientes situaciones:*

*a) Imposibilidad de ambos padres y demás miembros de la familia de origen hasta el tercer grado de consanguinidad, de ejercer el cuidado del niño, niña o adolescente, respecto de quien se ha decretado la medida de protección de separación de su familia.*

*Para determinar a referida imposibilidad, se considerarán y ponderarán especialmente los siguientes criterios y circunstancias:*

*i) Cuando habiéndose vulnerado los derechos del niño, niña o adolescente por parte de ambos padres o de algún miembro de la familia de origen, según corresponda, no concurrieran al programa destinado a fortalecer sus habilidades parentales y de crianza, sin causa justificada, manifestando desinterés en superar la situación de vulneración que motivó la dictación de la medida, o cuando habiéndose realizado la intervención por dicho programa, se mantuviere la imposibilidad para ejercer el cuidado del niño, niña o adolescente.*

*ii) Cuando, habiéndose decretado la derivación de los padres o de algún miembro de la familia de origen a un programa distinto al señalado en el literal anterior, destinado a superar la imposibilidad de aquellos para el ejercicio del cuidado del niño, niña o adolescente, éstos no concurrieran, o cuando habiéndose realizado la intervención por dicho programa, se mantuviere la imposibilidad para ejercer el cuidado del niño, niña o adolescente.*

*b) En el caso de niños y niñas, cuando la madre, padre o ambos manifiesten voluntariamente su intención de entregarlo con fines de adopción.*

*c) Cuando no tengan filiación determinada respecto de ambos padres.*

*d) En el caso de orfandad de padre, madre o ambos y que el niño, niña o adolescente no tenga familia de origen hasta el tercer grado de consanguinidad, que pueda ejercer su cuidado.*

*e) Cuando el niño, niña o adolescente hubiere sido abandonado por uno de sus padres y su cuidado personal lo ejerce el otro, quien, junto a su cónyuge desean integrarlo como hijo. Para estos efectos, se entenderá como abandono la falta de contacto personal y continuo por al menos dos años con el niño, niña o adolescente, mientras se encuentra a cargo del otro padre o madre.*

*No constituirá causal para la declaración judicial de adoptabilidad la falta de recursos económicos para el ejercicio del cuidado personal del niño, niña o adolescente, ni tampoco podrá fundarse dicha declaración en motivos que constituyan discriminación arbitraria”.*

Lo primero que se puede mencionar respecto de estas causales en el Proyecto de Ley, es que hay un cambio de lenguaje, refiriendo la susceptibilidad como adoptabilidad.

Lo segundo, es que al referirse a la primera causal sobre la imposibilidad de ambos padres y demás miembros de la familia de origen para ejercer el cuidado del niño, niña o adolescente, se fijan determinadas condiciones y criterios objetivos, como la falta de concurrencia de éstos, a los programas de fortalecimiento de habilidades parentales u otros programas destinados a superar la imposibilidad señalada, sin causa justificada; o cuando habiéndose realizado la intervención de los programas, se mantuviere la imposibilidad para ejercer el cuidado del niño, niña o adolescente.

Lo tercero, es que respecto de la segunda causal en el caso de niños y niñas, cuando la madre, el padre o ambos manifiesten su intención de entregarlos con fines de adopción, se dispone en el Proyecto de Ley el procedimiento de adoptabilidad por entrega voluntaria con fines de adopción en artículo 30 y siguientes del Párrafo 4, Título II. Esta disposición vendría a reemplazar lo establecido en el artículo 8 letra a) en relación con el 12 N° 3 de la actual Ley N° 19.620.

Lo cuarto, es que integra el concepto de orfandad de padre, madre o de ambos, o si el niño, niña o adolescente no tiene familia de origen hasta el tercer grado de consanguinidad que pueda ejercer su cuidado.

Por último, la causal de la letra e) del artículo 13 del Proyecto de Ley, en el caso de abandono por uno de sus padres, trata la adopción por integración, estableciendo como plazo la falta de contacto personal y continuo por al menos 2 años con el niño, niña o adolescente, mientras se encuentra a cargo del otro padre o madre. Asimismo, establece la Adopción por Integración en un nuevo Título V del Proyecto de Ley, en los artículos 62 y siguientes.

Por su parte, el artículo 21 letra c) del Proyecto de Ley, sobre la oposición de las partes a la declaración de adoptabilidad en la audiencia preparatoria, dispone que esta audiencia tendrá por objeto: *“c) Recibir, cuando corresponda, oposición de las partes a la declaración de adoptabilidad.*

*En el caso a que se refiere este literal, se entenderá por oposición aquella que proponga una vía de egreso adecuada, concreta y próxima del niño, niña o adolescente que permanezca en un programa de acogimiento familiar o residencial, cuando corresponda restituyendo su derecho a vivir en familia, asegurándole su bienestar integral”.*

Esta nueva disposición del Proyecto de Ley, integra condiciones para los oponentes, que persiguen asegurar que el padre, madre o parientes que se opongan a la adoptabilidad deben contar con una propuesta seria, real, eficaz y concreta, a fin de asegurarle y devolverle al niño, niña o adolescente su derecho a vivir en una familia.

En este mismo sentido, el artículo 22 del Proyecto de Ley sanciona la negativa y ausencia injustificada a practicarse exámenes y pericias, rechazando la oposición, al disponer que: *“Se presumirá legalmente la efectividad de la causal de adoptabilidad si uno o ambos padres, o quienes ejerzan el cuidado personal del niño, niña o adolescente, se negaren injustificadamente a la realización de los exámenes o pericias decretadas por el tribunal en la audiencia preparatoria para acreditar la causal de adoptabilidad.*

*Asimismo, si los ascendientes y otros parientes, hasta el tercer grado por consanguinidad en la línea colateral, que se hubieren opuesto oportunamente a la declaración de adoptabilidad, se negaren injustificadamente a la práctica de los exámenes o pericias decretados en la audiencia preparatoria, se tendrá por rechazada su oposición.*

*Se entenderá, entre otros casos, que existe negativa injustificada si, citada la parte dos veces, no concurre a la realización del o los exámenes o pericias. Para estos efectos, las citaciones deberán efectuarse bajo el apercibimiento de aplicarse las sanciones procesales señaladas en los incisos anteriores”.*

Estas presunciones legales establecidas en el artículo 22 del Proyecto de Ley pretenden asegurar que la oposición de los padres u otros parientes sea seria y se demuestre con actos concretos como la intención y voluntad de realizarse exámenes y pericias que pudiesen desvirtuar la adoptabilidad.

Del mismo modo, el artículo 23 en el inciso 3º del Proyecto de Ley, señala que: *“En caso de que se proponga una vía de egreso, en los términos señalados en la letra c) del artículo 21, el tribunal ordenará el egreso del niño, niña o adolescente del programa de acogimiento familiar o residencial en el que se encuentre, si corresponde, y suspenderá el procedimiento de acuerdo a lo prescrito en el artículo siguiente. En caso contrario dictará sentencia definitiva.”*

Por su parte, el artículo 24 del Proyecto de Ley, sobre la suspensión del procedimiento dispone que: *“De acuerdo a lo prescrito en el artículo anterior, habiéndose ofrecido alternativas idóneas planteadas para el ejercicio del cuidado personal del niño, niña o adolescente, el tribunal suspenderá el procedimiento estableciendo un período de seguimiento no superior a seis meses, con el objetivo de verificar el restablecimiento del derecho del niño, niña o adolescente a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, debiendo efectuar el seguimiento al programa correspondiente, emitiendo periódicamente un informe al tribunal. Mientras dure la suspensión del procedimiento, el tribunal decretará de oficio la prohibición de salida del país del niño, niña o adolescente de que se trate.*

*Una vez transcurrido el plazo fijado para el seguimiento, y habiéndose cumplido satisfactoriamente los objetivos mencionados en el inciso anterior, el tribunal dictará sentencia definitiva, rechazando la adoptabilidad del niño, niña o adolescente y entregando su cuidado personal definitivo a la o las personas que se encuentren ejerciéndolo. En caso contrario, citará a una nueva audiencia de juicio a quienes dedujeron oposición, notificándoles el día y hora de la misma personalmente o, en subsidio, por carta certificada”.*

Esta disposición incorpora, el concepto del tiempo, el cual como hemos dicho a lo largo de este trabajo de investigación, es especialmente sensible y relevante para el correcto desarrollo de los niños y adolescentes. En razón de

esta norma, que fija el plazo de seis meses como período de seguimiento por el Tribunal, con el objetivo de verificar el restablecimiento del derecho del niño, niña o adolescente a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, debiendo además el programa correspondiente, emitir periódicamente un informe al tribunal, se estaría velando por el interés superior del niño de manera concreta y acotada, entregándole una herramienta objetiva a los jueces al momento de fallar.

Es por ello que, el artículo 25 del Proyecto de Ley, sobre inicio de un nuevo procedimiento de adoptabilidad establece que: *“Si transcurrido un plazo de tres meses, contado desde que la sentencia que denegó la adoptabilidad hubiere quedado firme, no se verificare el restablecimiento del derecho del niño, niña o adolescente a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, el tribunal, de oficio o a solicitud del Servicio o del organismo acreditado que patrocinó el procedimiento de adoptabilidad, podrá iniciar un nuevo procedimiento de adoptabilidad.*

*Igualmente se iniciará un nuevo procedimiento de adoptabilidad, cuando corresponda, si el niño, niña o adolescente reingresa a la residencia o programa de acogimiento familiar, dentro del plazo de seis meses contados desde su egreso, cualquiera sea el tiempo de permanencia en él.*

*Para los efectos de los incisos anteriores, se citará personalmente o, en subsidio, por carta certificada a la o las personas que hubiesen deducido oposición, a una nueva audiencia preparatoria destinada a constatar la situación del niño, niña o adolescente, y la concurrencia de las causas de adoptabilidad que se invoquen, dándose tramitación en conformidad a las reglas de este Párrafo”.*

Este artículo, también viene a asegurar con plazos limitados, la posibilidad de los padres y la familia de origen del niño, niña o adolescente de hacerse cargo de ellos, restableciéndoles su derecho a vivir en familia, mediante la realización de programas de apoyo para adquirir y fortalecer sus habilidades parentales que garanticen el interés superior del niño.

## **7.- Conclusiones.**

### **Consecuencias del rechazo de la susceptibilidad de adopción para el niño, niña o adolescente (NNA) que se encuentra institucionalizado.**

Nuestra legislación en materia de adopción le da amplias y reiteradas oportunidades a la familia de origen, padre y madre, así como a la familia ampliada o extensa de obtener y desarrollar las habilidades parentales y marentales de las cuales carecen o tienen debilitadas.

Asimismo, otorga la posibilidad de que cualquiera de los ascendientes y otros consanguíneos del niño, hasta el tercer grado en la línea colateral, siempre que la filiación estuviese determinada, puedan oponerse a la solicitud de susceptibilidad de adopción, en la audiencia preparatoria a la que hayan sido citados. Sólo en el caso de que no concurrieren, se presumirá como lo indica el artículo 14 de la Ley N° 19.620, en su inciso primero, su consentimiento favorable a la declaración de que el menor sea susceptible de ser adoptado.

Incluso se debe considerar que la notificación contemplada por el legislador es exhaustiva en la búsqueda de los parientes. El inciso cuarto del artículo 14 de la norma citada, establece respecto de la notificación de los parientes que, de no establecerse el domicilio de alguno de ellos, o de no ser habido en aquel que hubiere sido informado, el juez ordenará de inmediato que la notificación se efectúe por medio de un aviso que se publicará gratuitamente en el Diario Oficial el día 1 o 15 de un mes o el día hábil siguiente si aquél fuese feriado. De igual forma, se citará a los ascendientes y consanguíneos del menor de edad cuya filiación no esté determinada. El aviso deberá incluir el máximo de datos disponibles para la identificación del menor.

Estas instancias, ratifican el principio de subsidiariedad y evidencian que nuestra ley tiene por objeto que el niño permanezca en su familia de origen, sea nuclear o extensa, razón por la cual además de otorgar oportunidades a los padres y parientes para aprender e incorporar en su actuar habilidades parentales, a través de programas públicos y acciones concretas tendientes a procurarles las herramientas necesarias para que ejerzan el cuidado de sus miembros, otorga la facultad de oposición a cualquiera de ellos, aunque no exista

un conocimiento o una relación previa con el niño, sino que simplemente por el hecho de ser un familiar.

Por otro lado, nada puede garantizar el resultado de los programas de fortalecimiento de los roles parentales y marentales. Existen varios casos en la jurisprudencia analizada, en que se puede observar que buena parte del problema es reconocer la falta de habilidades para el cuidado de un niño, y luego la eficacia incierta que pueda resultar de los programas y trabajos de intervención especializado que ofrezca el Estado para dotarlos de las herramientas de las que carecen o reforzar aquellas en las que se encuentran más débiles.

En mi opinión, no por el sólo hecho de existir una familia biológica, ésta va ser el lugar físico, afectivo, emocional y moral más idóneo necesariamente para el cuidado, educación y protección de un niño.

En el intertanto, en que la familia de un niño, sean sus padres u otros parientes, asisten a los programas para el fortalecimiento de sus habilidades, el niño se encuentra institucionalizado, en un medio generalmente hostil, provisto por el Sename o los organismos acreditados ante éste, donde carece de su derecho esencial de vivir en el seno de una familia y desarrollarse en ella. En este escenario el tiempo es un elemento gravitante, porque tampoco se ha hecho cargo la legislación, la doctrina ni la jurisprudencia, respecto del plazo razonable que debe esperar un niño para que su familia esté en condiciones de hacerse cargo de su desarrollo, contención, cuidados y crianza.

Asimismo, el problema del tiempo también se evidencia en la larga institucionalización de los niños, niñas o adolescentes, que en la espera de que su familia de origen adquiera las habilidades parentales o marentales, no son declarados susceptibles de ser adoptados, con la consecuente complejidad de que finalmente sí lo sean, pero a una edad en que ya no encontrarán una familia adoptiva interesada o sea mucho más difícil conseguirla, en razón de su edad.

Como se ha indicado, en la Observación General N° 14 del año 2013, sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una consideración primordial (artículo 3 párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño)



del Comité de los Derechos del Niño, se ha establecido que los niños no tienen la misma percepción del paso del tiempo, por lo que los procesos que toman mucho tiempo tienen efectos adversos en la evolución de los mismos. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos que están relacionados con los niños y ultimarlos en el menor tiempo posible.

Es relevante también mencionar la conocida insuficiencia del Sename y de los organismos acreditados y colaboradores, a través de los cuales ejerce sus funciones. Lo cierto, es que especialmente en este último tiempo, hemos constatado como sociedad las falencias del sistema y programas del Sename, los cuales vulneran de manera grave los derechos de los niños, niñas y adolescentes, como lo revisaremos más adelante en un informe de auditoría propio del Sename del año 2018 y el informe elaborado por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas de fecha 1 de junio de 2018. En consecuencia, cuando se debe aplicar una medida de protección residencial, por existir vulneración de los derechos de los niños, niñas o adolescentes por las personas que los tienen a su cuidado, la alternativa del Sename y sus organismos colaboradores, también resulta ser una experiencia que, en la mayoría de los casos, lesiona los derechos de los niños, niñas y adolescentes, revictimizándolos.

Es justamente dentro de este análisis, donde resulta fundamental citar los principios del derecho de familia y especialmente los que inspiran la institución de la adopción. Se distingue entonces, la clara colisión entre el principio del interés superior del niño, en relación con el derecho humano de vivir en el seno de una familia donde pueda desarrollarse, en contraposición con el principio de la prioridad de la familia biológica, relacionado con su derecho a la identidad y la subsidiariedad de la adopción.

Todos estos principios son fundamentales para entender la adopción como una instancia legal necesaria de filiación alternativa cuando la filiación biológica no le procure al niño los cuidados debidos.

No quisiera soslayar la importancia de la familia origen, contenida en los principios de prioridad de la familia biológica y subsidiariedad de la adopción, por cuanto el origen de las personas, la pertenencia a una familia determinada y su

derecho a la identidad son derechos humanos reconocidos en nuestra legislación. Es así como el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad son características fundamentales de todo ser humano.

Por lo tanto, este no es un asunto fácil de dirimir, así se concluye del análisis de las sentencias citadas en este trabajo investigativo, donde los propios jueces de los máximos tribunales de justicia de nuestro país, tienen opiniones y criterios diversos, demostrando su parecer en fundamentados votos en contra o disidencias, donde se ponderan de forma disímil los principios que inspiran la adopción.

Lo que resulta innegable, es que el principio del interés superior del niño atraviesa e inspira toda nuestra legislación de familia, es por ello, que resulta fundamental, considerando el pleno reconocimiento de la prioridad de la familia biológica, fijarle a esta familia determinados parámetros, criterios y plazos para poder rehabilitarse y adquirir facultades de cuidado para con el niño, niña o adolescente, intentando velar por su permanencia en su familia de origen. De lo contrario, la alternativa de la filiación adoptiva con el objeto de brindarle la seguridad y protección de una familia a ese niño, resulta ser una solución que ampara su interés superior.

Se debe reconocer que los Tribunales de Familia y los Tribunales Superiores de Justicia ejercen su jurisdicción aplicando los principios que informan el derecho de familia, en especial la adopción. Sin embargo, ha resultado complejo unificar criterios de aplicación, interpretación y ponderación cuando existe, como hemos podido revisar, colisión entre ellos.

En conclusión, podemos decir que aunque en nuestra justicia se apliquen estos principios, estas decisiones judiciales no garantizan necesariamente que en algunos casos, no se estén vulnerando los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente (NNA), convirtiendo a los niños en víctimas de un sistema de adopción insuficientemente definido en la ley en cuanto a plazos y requisitos de rehabilitación de los padres o familiares; y entregado a criterios disímiles sobre la aplicación y ponderación de los principios en la judicatura.

En base a este reconocimiento, es que se evidencia la pronta necesidad de aprobar un proyecto de ley que enmiende el sistema integral de adopción en Chile, mejorando y agilizando los procedimientos, para evitar de esta forma seguir vulnerando los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a través de decisiones judiciales. Además, existe una responsabilidad del Estado a quien le corresponde el diseño, implementación, ejecución y evaluación de programas y políticas públicas en materia de niñez, sobre todo en consideración a que nuestro país es un Estado Parte que ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio de la Haya, y las Observaciones Generales N° 14 y N° 12 del Comité de los Derechos del Niño de la UNICEF, en razón de los cuales se deben actualizar los programas de asistencia, integrando una adecuada protección a la infancia y a la familia, garantizando sus resultados.

## **ANEXO**

### **1.- Fichas de sentencias contenidas en VLEX (2014-2017):**

#### **FICHA N° 1**

##### **SE ACOGE APELACIÓN Y DA CURSO A PROCEDIMIENTO DE SUSCEPTIBILIDAD**

##### **MATERIA**

Susceptibilidad de adopción.

##### **REGLA**

Los tribunales deben considerar en sus decisiones el interés superior del niño o adolescente que tiene por objeto garantizar a todos los que se encuentren en el territorio nacional el goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

##### **SÍNTESIS DE LOS HECHOS**

Se solicita iniciar procedimiento de susceptibilidad de adopción y Tribunal decide rechazar de plano por ser manifiestamente improcedente.

##### **DESCRIPTORES**

Susceptibilidad de adopción – interés superior del niño

##### **LEGISLACIÓN APLICABLE**

Artículos 13 de la Ley 19.620; 16 y 54 de la Ley 19.968

##### **HISTORIA PROCESAL**

##### **Primera Instancia**

Tribunal	Juzgado de Letras y Garantía de Cabrero
Decisión	No da curso a solicitud
Rol	A-1-2014

Fecha 15 de diciembre de 2014

### **Segunda Instancia**

Tribunal Corte de Apelaciones de Concepción

Recurso Apelación

Decisión Revoca sentencia y da curso a solicitud

Rol 678-2014 (Familia)

Fecha 8 de abril de 2015

### **DOCTRINA**

PRIMERO: Que el artículo 16 de la Ley 19.968, coherente con la Convención de Derechos del Niño, obliga a estos sentenciadores a considerar en sus decisiones el interés superior del niño, adolescente que tiene por objeto garantizar a todos los que se encuentren en el territorio nacional el goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

**MINISTROS** Sres. Freddy Vásquez Z., Juan Villa S. y el Abogado Integrante Sr. Waldo Ortega J.

**REDACTOR** Sin información

### **FUENTE**

vLex: 569858622

## **FICHA N° 2**

### **SE ACOGE APELACIÓN Y SUSCEPTIBILIDAD**

### **MATERIA**

Susceptibilidad de adopción.

### **REGLA**

El interés superior del niño es el principio esencial que informa la legislación de menores, principio que también recoge la Ley N° 19.620 sobre Adopción de Menores en su artículo 1°.

### **SÍNTESIS DE LOS HECHOS**

SENAME solicita la declaración de susceptibilidad de adopción de una niña, internada en una institución, dirigiendo la demanda en contra de sus padres, fundada en las causales que establece la ley y por inhabilidad física y moral de los mismos.

### **DESCRIPTORES**

Susceptibilidad de adopción – cuidado personal – interés superior del niño – prioridad de la familia biológica – subsidiaridad de la adopción – derecho a vivir en familia

### **LEGISLACIÓN APLICABLE**

Artículos 12 N° 1 y N° 2 de la Ley 19.620; 226 del Código Civil; y 42 de la Ley 16.618.

### **HISTORIA PROCESAL**

#### **Primera Instancia**

Tribunal	Juzgado de Familia de Concepción
Decisión	Rechaza solicitud de susceptibilidad de adopción
Rol	A-42-2014
Fecha	8 de mayo de 2015

#### **Segunda Instancia**

Tribunal	Corte de Apelaciones de Concepción
Recurso	Apelación
Decisión	Revoca sentencia y acoge solicitud
Rol	276-2015 (Familia)
Fecha	23 de julio de 2015

## **DOCTRINA**

SEGUNDO: Que el interés superior del niño es el principio esencial que informa la legislación de menores, principio que también recoge la Ley N° 19.620, sobre Adopción de Menores en su artículo 1° al establecer que “La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”.

SÉPTIMO: Que de acuerdo con las normas del onus probandi corresponde probar la inhabilidad al que la alega. En todo caso, es necesario precisar que es una cuestión de hecho determinar si concurre o no la causal. El interés superior del menor y el principio de prioridad de la familia biológica exigen que el juez sólo acredite esta causal cuando se trate de inhabilidad grave y permanente.

OCTAVO: Conveniencia que la niña sea declarada susceptible de adopción: Poder otorgar a la niña la posibilidad de insertarse en una familia adoptiva generaría el contexto de reparación óptimo para que la niña logre desarrollar conductas de apego seguro, tales como: conductas prosociales, establecimiento de relaciones saludables y ejercer parentalidad bientratante en el futuro.

Una dinámica familiar donde se cumplan los roles parentales de manera apropiada, en la cual la niña sea sujeto de cuidados diligentes, atención exclusiva, contención afectiva adecuada, desarrollará en ella sentimientos de seguridad y estabilidad respecto de las figuras adultas significativas, en especial de la figura materna y paterna, lo cual hasta el momento la niña no ha podido concretar.

Por otra parte, la larga institucionalización ha privado a la niña de su derecho a vivir en familia y de continuar en tal situación ella podría generar un apego de tipo inseguro y/o trastornos de apego, dificultades a nivel relacional, conductual y emocional, ya que se perpetuarían modelos de funcionamiento interno poco saludables y construcciones mentales de desesperanza y bajo autoconcepto personal.

Por todo lo anteriormente descrito se requiere que la niña sea incorporada a una familia adoptiva que sea capaz de hacerlos sentir importantes, únicos y parte de un esquema familiar que potencie sus capacidades individuales.

DÉCIMO: Que los antecedentes probatorios relacionados en los motivos precedentes dan cuenta de manera irrefutable de la negligencia de los padres en el ejercicio de sus

responsabilidades parentales, al extremo que la menor ha permanecido institucionalizada desde que tenía un año de edad, sujeta a medida de protección debido a su situación familiar marcada por la negligencia de los padres que abarcan los ámbitos de salud, alimentación y maltrato, careciendo sus progenitores de las capacidades y habilidades para ejercer sus roles, según se establece de los informes allegados a la causa, incurriendo en graves situaciones de irresponsabilidad y negligencia a su respecto, que no han sido capaces de revertir y que no se vislumbra puedan hacerlo en el futuro, como tampoco la familia extensa.

DÉCIMO PRIMERO: Que es de suyo importante considerar, según consta del Certificado de Visitas, que los padres no han visitado a la menor por largo tiempo, superior a los plazos establecidos por la ley para presumir abandono.

El legislador protege a los niños que están abandonados por sus padres, que no han demostrado ni alegado estar imposibilitados para acudir a verlos y mantener así un contacto afectivo con ellos.

DÉCIMO SEGUNDO: Que la legislación de menores vigente reconoce, expresamente el derecho del menor a vivir y desarrollarse en un grupo familiar, vale decir, cada niño tiene derecho a pertenecer a un grupo familiar que constituya el marco sociocultural esencialmente formativo que lo ampare y proteja, siendo éste el interés al que los sentenciadores deben atender.

DÉCIMO TERCERO: Que conforme a lo expuesto, a la luz de los principios y reglas de la sana crítica permiten concluir que la madre y el padre, no están capacitados para ejercer sus roles parentales respecto de la menor, no contando con las habilidades necesarias para hacerse cargo de su cuidado y contribuir a su desarrollo.

Estas circunstancias satisfacen ampliamente los presupuestos fácticos previstos en el artículo 12 N° 1 y 2 de la Ley N° 19.620, en relación con el artículo 42 N°s 3 y 7 de la Ley N° 16.618.

DÉCIMO CUARTO: Que la Excma. Corte Suprema ha dicho que si bien en la materia “rigen los principios de la subsidiaridad de la adopción y de la prioridad de la familia biológica, consagrados en nuestra legislación considerando dicha institución como una forma alternativa cuando el niño o niña no cuente con un medio familiar adecuado que lo acoja, lo cierto es que esta última circunstancia ha resultado fehacientemente demostrada, desde que no existe tampoco una familia extensa capaz de asumir la integral satisfacción de los derechos de la menor en todos los ámbitos de su vida, apareciendo entonces que la obligación de velar por su interés superior ha de centrarse en instar por el amparo de su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y de orden material, permitiéndole alcanzar el desarrollo y



protección de los derechos fundamentales que le corresponden, posibilitando la mayor suma de ventajas en todos los aspectos de su vida, en la perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desenvolvimiento de su personalidad, prescindiendo de su filiación de origen todo lo que no pudo ser proporcionado por su familia biológica y extensa ( Corte Suprema. 24 de julio de 2013. Rol 2455-2013).

**MINISTROS** Sr. Juan Villa S., Sra. Valentina Salvo O. v y la Abogada Integrante Sra. Sara Herrera M.

**REDACTOR** Sr. Juan Villa S.

**FUENTE**

vLex: 579049814

**FICHA N° 3**

**SE ACOGE APELACIÓN Y SUSCEPTIBILIDAD**

**MATERIA**

Susceptibilidad de adopción por integración.

**REGLA**

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.

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS**

Mujer junto a su pareja solicitan la susceptibilidad de adopción de su hija adolescente con el padre como oponente, quien apela y solicita se revoque la sentencia y en su lugar se rechace la solicitud y, en subsidio, se retrotraiga el juicio a la celebración de la audiencia preparatoria.

**DESCRIPTORES**

Susceptibilidad de adopción – interés superior del niño – derecho a vivir en familia

#### **LEGISLACIÓN APLICABLE**

Artículos 12 y 14 de la Ley 19.620

#### **HISTORIA PROCESAL**

##### **Primera Instancia**

Tribunal	Juzgado de Familia de Concepción
Decisión	Acoge solicitud de susceptibilidad de adopción
Rol	A-73-2013
Fecha	2 de abril de 2014

##### **Segunda Instancia**

Tribunal	Corte de Apelaciones de Concepción
Recurso	Apelación
Decisión	Confirma
Rol	198-2014 (Familia)
Fecha	6 de agosto de 2014

#### **DOCTRINA**

DÉCIMO: Que, según resulta de lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 19.620, la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen. De ello fluye que lo que se pretende con la adopción es darle al adoptado una familia que supla aquello que no le ha dado su familia biológica.

DÉCIMO PRIMERO: Que en la interpretación de las normas que rigen esta materia es siempre necesario tener en especial consideración la opinión del menor que va a ser adoptado, especialmente, como ocurre en el caso de autos, tratándose de aquellos que en razón de su

edad y juicio están en condición de ser oídos y considerados, teniendo en especial consideración que ha de procurarse darles a éstos la posibilidad de la afirmación de su identidad social y de formar parte con plenitud de derechos en la que ha sido en los hechos su familia, especialmente en aquellos casos en que no existe vinculación alguna con parte de su familia de origen, debiendo tenerse al efecto presente lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 15 de la ley 19.620. Al efecto, el artículo 3 de la misma ley determina que durante los procedimientos vinculados con la adopción, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez, imponiendo, en el caso de un menor adulto, como ocurre en estos antecedentes, requerir su consentimiento.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, sin perjuicio de existir formalmente una infracción a la exigencia que impone el artículo 14 de la ley 19.620, en orden a citar a los parientes que dicha disposición precisa, no es menos cierto que declararon el padre de la menor, su abuela paterna y su tío paterno, testimonios que fueron considerados por la sentenciadora al tiempo de decidir. En este sentido, en concepto de esta Corte no se advierte que, en este caso concreto, la falta de una citación formal de los parientes les haya impedido a éstos informarse del procedimiento y manifestar su opinión, por lo cual ello no ha influido en lo dispositivo del fallo, lo que resulta necesario tener presente en orden a que “la nulidad de lo obrado en un juicio se justifica sólo en cuanto la irregularidad que le sirve de fundamento corrompe su substancia y le impide cumplir el fin para el que fue establecido por la ley” (Julio Salas Vivaldi, Estudios de Derecho Procesal, página 186, Lexis Nexis, 2006). Debiendo tener en especial consideración que, si bien la declaración de nulidad es un remedio imprescindible, pues responde al principio constitucional del debido proceso, su carácter drástico impone que se recurra a él sólo en casos extremos, en que la gravedad del vicio procesal justifique la invalidación de lo actuado y por consiguiente la pérdida del tiempo y el trabajo desplegado por las partes, el curador ad litem y el tribunal.

**MINISTROS** Sr. Hadolff Ascencio M., Sra. Matilde Esquerré P. y Abogado Integrante Sr. Eduardo Darritchon P..

**REDACTOR** Sr. Eduardo Darritchon P.

**FUENTE**

vLex: 579440406

## FICHA N° 4

### SE ACOGE APELACIÓN Y SE RECHAZA SUSCEPTIBILIDAD

#### MATERIA

Susceptibilidad de adopción.

#### REGLA

La adopción y sus procedimientos previos descansan en el principio de subsidiariedad, en virtud del cual, sólo son procedentes cuando la familia de origen no es capaz de brindar al niño, niña o adolescente una satisfacción de sus necesidades espirituales y materiales. De esta manera, se deben agotar todas las posibilidades para que el niño o niña se mantenga en su familia de origen.

#### SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Padre de dos niñas solicita se revoque sentencia de primera instancia que declaro a sus hijas susceptibles de adopción, fundado en que de la prueba agregada a la causa no existe ninguna que sea concluyente en cuanto a que él se encuentre inhabilitado para tener el cuidado de las mismas.

#### DESCRIPTORES

Susceptibilidad de adopción – interés superior del niño – principio de subsidiariedad

#### LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículos 1 y 15 de la Ley N° 19.620; y 3.1, 3.2, 5, 7, 8.1, 18.2 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño

#### HISTORIA PROCESAL

##### Primera Instancia

Tribunal Juzgado de Familia de Concepción

Decisión Acoge solicitud de susceptibilidad de adopción

Rol	A-3-2013
Fecha	25 de noviembre de 2013

### **Segunda Instancia**

Tribunal	Corte de Apelaciones de Concepción
Recurso	Apelación
Decisión	Revoca sentencia y rechaza solicitud
Rol	549-2013 (Familia)
Fecha	4 de abril de 2014

### **DOCTRINA**

SEGUNDO: Que, en cuanto a la adopción, y procedimientos previos a ésta, la Ley N° 19.620 descansa en el principio de subsidiariedad, que consagra el artículo 1°, en virtud del cual la adopción, y por consecuencia las gestiones previas, como la de autos, sólo son procedentes cuando la familia de origen no es capaz de brindar al niño, niña o adolescente una satisfacción de sus necesidades espirituales y materiales. De esta manera, el hecho de que antes de iniciar cualquier proceso de adopción, sea declaración de adoptabilidad o la adopción misma, se deben agotar todas las posibilidades para que el niño o niña se mantenga en su familia de origen, lo que implica la obligación para los órganos del Estado de efectuar un trabajo de calidad con la familia, tendiente a que ellos sean los que asuman el cuidado de uno de sus miembros, de manera que si no cuentan con habilidades parentales o éstas son insuficientes, la obligación del Estado es efectuar un trabajo de intervención especializado que propenda a dotarlos de las herramientas de las que carecen o reforzar aquellas en las que se encuentran más débiles. Por otro lado, el artículo 15 de la Ley N° 19.620 expresamente, a propósito de la declaración de susceptibilidad de adopción, obliga al juez a establecer la veracidad de los hechos y circunstancias en que se funda la solicitud de declaración de susceptibilidad, en especial en cuanto a la imposibilidad de disponer otras medidas que permiten la permanencia del niño en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él. En cuanto a las ventajas, éstas deben entenderse como beneficios concretos y objetivos para el niño en particular, de manera que se cautele el valor de la individualidad como parte del reconocimiento de sus derechos como persona, de modo que este último aspecto no pueda ser evaluado en el proceso de manera teórica o abstracta, por lo que debe estar sustentado en la

prueba aportada que permita constatar cuáles son los hechos materiales específicos que hacen viable para ese niño la declaración de adoptabilidad. Estas obligaciones se encuentran en diversas normas como la Convención de los Derechos del Niño, que en su artículo 18.2 señala que la adopción sólo es aplicable en subsidio de las medidas tendientes a mantener al niño en su familia de origen, lo que concuerda con el artículo 21, que cautela y refuerza el principio de subsidiariedad. Por otro lado, la Convención de los Derechos del Niño descansa sobre una serie de principios como el relativo al “interés superior” (artículo 3.1), y una serie de obligaciones que impone a los diversos órganos del Estado en torno a cautelar y hacer efectivos los derechos de los niños. En este sentido obliga a asegurar el contexto protector de la familia y a respetar los derechos de los padres en cuanto al cuidado (artículos 3.2 y 5), lo que se relaciona con el deber de procurar la mantención del niño en su familia como parte de su derecho a ser cuidado por la familia de origen y mantener su identidad y relaciones familiares (artículo 7 y 8.1), señalando expresamente que la separación del niño de su medio familiar es excepcional cuando sea necesaria en función de hechos calificados, como maltrato o abandono (artículo 9.1), lo que refuerza las ideas matrices que subyacen en la Ley N° 19.620. Más aún, lo señalado se concreta en las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, que es el marco jurídico internacional que complementa la Convención y que también ha sido ratificado por Chile e incorporado a nuestro ordenamiento interno y que vienen a cubrir aquellas lagunas que la Convención dejaba en materia de niños sin cuidado parental o en riesgo de perderlo. Los principios relevantes son “la necesidad y la conveniencia” (parte II). En efecto, en virtud del principio de necesidad, se busca que el niño permanezca en su familia de origen, de manera que sacarlo de este contexto familiar debe ser una medida de último recurso y antes de adoptar una medida de este tipo se requiere de una evaluación participativa rigurosa. En cuanto a la conveniencia, ésta se basa en que la medida de tutela elegida, como la adopción, debe estar adaptada a las necesidades individuales. De esta manera, estos principios reúnen todas las ideas expresadas, por cuanto vienen a definir un estándar exigido antes de privar a un niño de su medio familiar, por ejemplo, a través de la adopción, y que obliga a contar todos los esfuerzos de manera previa para lograr la permanencia del niño en el seno de su familia de origen, e incluso hacer las gestiones necesarias para habilitar a la familia para el ejercicio del cuidado, y sólo cuando aquello no sea posible, recién procurarle un medio alternativo de cuidado.

Por lo anteriormente señalado, la doctrina y la jurisprudencia ha señalado que en tanto exista familia en condiciones de hacerse cargo de un niño que forma parte de dicho seno, no procede ningún tipo de declaración, sea de adoptabilidad o de adopción, ni ninguna otra medida que tienda a modificar el contexto familiar de un niño, sino una vez que se verifique la imposibilidad de mantenerlo dentro de su familia de origen, y si ésta no estuviera en

condiciones de hacerlo, es deber del Estado propender a su fortalecimiento a través de acciones concretas tendientes a procurarles las herramientas necesarias para que ejerzan el cuidado de sus miembros. Este principio se encuentra en el artículo 1° de la Constitución Política de la República.

TERCERO: Que, en el caso de autos, por una parte, el Informe de Habilidades Parentales, al cual se hace referencia en la sentencia de primera instancia, el que fue complementado, elaborado por DAM Pilleltu de 30 de agosto de 2013, señalan que el padre de las menores se presenta a evaluación en adecuadas condiciones de higiene y presentación personal, cumpliendo con la hora asignada para tales efectos, y demuestra pleno conocimiento de los hechos que originan el actual proceso de evaluación.

El periciado asistiría una vez por semana y en forma constante a visitar a sus hijas. Por otro lado, se encontraría asistiendo en forma constante a tratamiento ambulatorio, en la misma comunidad terapéutica, donde estaría siendo tratado por su consumo de alcohol. En cuanto a su salud mental, impresiona con un funcionamiento cognitivo lógico abstracto, en tanto sus funciones tales como la memoria, atención y concentración se perciben adecuadas, con un pensamiento lógico formal, un lenguaje simple, pero fluido, además de un razonamiento hipotético deductivo, y se muestra desbordado afectivamente, mostrándose preocupado en torno a la situación de sus hijas, y principalmente ante el hecho de una eventual posibilidad de adopción, irrumpiendo en llanto al momento de verbalizar dicho escenario. Se hace presente que, en cuanto a su rol protector, en este punto se encontraría la mayor debilidad del periciado.

CUARTO: Que los antecedentes antes reseñados, valorados de acuerdo con la ley, permiten a este Tribunal concluir que, a pesar de existir carencias en la familia de las menores, existe un miembro de su familia, su padre, quien a pesar de sus dificultades desea tener la protección y cuidado de dichas niñas. De esta manera, los hechos, y particularmente el marco jurídico vigente a propósito de la adopción, no procede ningún tipo de declaración que tienda a modificar el contexto familiar de las niñas, ya que no se ha verificado el extremo de la imposibilidad de mantenerlas dentro de su familia de origen.

**MINISTROS**

Sres. Diego Simpértigue L., Hadolff Ascencio M. y Sra. Matilde Esquerré P.

**REDACTOR**

Sr. Diego Simpértigue L.

**FUENTE**

vLex: 580984546

**FICHA N° 5****MATERIA**

Recurso de Protección en relación con susceptibilidad de adopción.

**REGLA**

El recurso de protección, como se ha sostenido, tiene por objeto el restablecimiento del imperio del derecho respecto de quien se vea privado, perturbado o amenazado en el ejercicio legítimo de alguna de las garantías constitucionales contempladas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituyendo de esta manera un instrumento cautelar para resguardar de un modo urgente aquellas garantías consagradas en la disposición precitada que hayan sido infringidas, en cuyo caso la Corte de Apelaciones correspondiente debe adoptar las medidas conducentes para restablecer el orden jurídico quebrantado.

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS**

Padre de tres niñas interpone acción de protección contra el SENAME alegando discriminación por la institución, que lo califica como ebrio, y que señala que ninguno de los padres es apto para cuidar a sus hijas. Las tres hermanas fueron declaradas susceptibles de ser adoptadas. Las hermanas ingresaron al sistema residencial el 5 de diciembre de 2010 y aún hasta la fecha de esta sentencia 5 de mayo de 2016, se encuentran institucionalizadas.

**DESCRIPTORES**

Acción de protección – susceptibilidad de adopción – interés superior del niño

**LEGISLACIÓN APLICABLE**

Artículo 20 de la CPR

**HISTORIA PROCESAL**



Tribunal	Corte de Apelaciones de La Serena
Recurso	Protección
Decisión	Rechazado
Rol	473-2016 (Civil)
Fecha	5 de mayo de 2016

## **DOCTRINA**

SÉPTIMO: Que es así que en sentencia de fecha 4 de noviembre de 2013, dictada por el Tribunal de Familia de La Serena, que rola a fojas 22 y siguientes, consta que las niñas menores de edad, A.A., C.N. y Y.A. todas de apellidos MR, desde temprana edad vivieron en un ambiente con graves problemas de convivencia entre los padres y fuerte presencia de factores de riesgos tales como violencia intrafamiliar, inestabilidad emocional, adicción a las drogas y alcohol en el caso de la madre e infidelidades del padre, lo que determinó que las menores en diversas oportunidades debieran ingresar con medidas de protección al sistema de residencia, habiendo salido del mismo también en otras tantas ocasiones, en intentos fallidos esperando que las mismas pudieran quedar al cuidado de la abuela materna, lo que finalmente no dio resultados positivos. Estas circunstancias determinaron que el SENAME finalmente haya solicitado que las tres menores fuesen declaradas susceptibles de ser adoptadas, atendido que se encontraban bajo medida de protección en el Hogar Redes desde diciembre de 2012, lo cual fue, en definitiva, acogido en el fallo citado, cuya ejecutoria rola a fojas 31 de autos. Luego y conforme a la resolución acompañada a fojas 32 de autos, se tiene que con fecha 21 de julio de 2014, el Tribunal de Familia de La Serena, resolvió mantener la medida de protección decretada respecto de las menores y asimismo decretó la suspensión de visitas de ambos padres, doña L.R.K y don H.M.T., a las tres niñas habiéndose ordenado oficiar al SENAME con el objeto de que se adopten las medidas pertinentes para que en el menor plazo posible se restituya a las niñas el derecho de pertenecer y crecer en una familia.

OCTAVO: Que las referidas resoluciones dictadas por el Tribunal de Familia de La Serena, establecen justamente aquello que reprocha el recurrente, es decir que los padres no pueden visitar a ninguna de sus tres hijas, evidenciándose que ello no obedece a un actuar ilegal o arbitrario de parte del Servicio Nacional del Menor ni de su representante legal en la IV Región, doña V.Z.R., sino que se trata del cumplimiento de resoluciones judiciales emanadas del Tribunal de Familia de La Serena, las que deben ser necesariamente acatadas atendida su fuerza legal. Luego y en cuanto a la denuncia que efectúa el recurrente relativo al constante

cambio de las menores entre distintos hogares del SENAME, se advierte que ello no se ha podido determinar al tenor de los antecedentes allegados al expediente, sino que más bien se observa que ciertamente las menores han ingresado y salido varias veces sólo del sistema residencial del Hogar Redes, lo cual se ha debido al mismo devenir de los hechos anteriores a la declaración de susceptibilidad, oportunidad en la cual se intentó infructuosamente reinsertar a las menores dentro de la familia, entendiéndose que aquel traslado de las niñas efectuado con posterioridad, específicamente desde el Hogar Redes a la residencia RPP Renuevo de La Serena, obedece a un tema de índole meramente administrativo, toda vez que no se habría renovado el convenio existente con el SENAME que permitía mantener a las menores en la primera residencia, no estimándose al respecto un actuar ilegal o arbitrario por parte de la recurrida. Finalmente y en cuanto al plazo que alega el recurrente haber transcurrido sin que se hayan entregado a las menores en adopción, es menester tener presente que si bien los tiempos no han sido los ideales, no es menos cierto que dentro de un proceso de entrega en adopción existen varios factores externos que pueden repercutir en que el mismo no se concrete con la agilidad deseada, es así que en el caso en estudio, según lo informado por la recurrida y lo revisado por esta Corte vía sistema, con fecha 2 de marzo de 2016 se dictó sentencia en causa RIT C-1077-2014, la cual resolvió dar lugar a una demanda de impugnación de paternidad interpuesta por un tercero en contra de don H.O.M.T. respecto de la menor de las hermanas Y.M.R., causa que según expone el SENAME, ha retrasado considerablemente el trámite de adopción y ha modificado el escenario jurídico, toda vez que de acuerdo a lo sugerido por el programa PRI, es importante que las hermanas no se separen, siendo dañino que alguna no sepa dónde está la otra, atendido que su sistema fraterno ha sido el vínculo más seguro que han tenido en la vida, por lo que se está estudiando por parte del Servicio la estrategia judicial a seguir, a efectos que las tres hermanas puedan incorporarse a una misma familia adoptiva, no estimándose que al respecto se pueda imputar a la recurrida algún actuar ilegal o arbitrario.

NOVENO: Que en cuanto a la vulneración al derecho a la vida y a la integridad física de sus hijas, garantizado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución, que alega el recurrente se ha configurado por haberles prohibido el acercarse a su persona e intentar disolver el vínculo que mantiene con las menores, se hace presente que como ya se expuso, la prohibición de visitas a las niñas se ordenó mediante una resolución judicial y se decretó una vez que la sentencia de declaración de susceptibilidad se encontraba ejecutoriada, la cual razonó considerando varios antecedentes, entre ellos informes psicológicos efectuados a las menores, determinando que el daño que se les ha producido a las niñas está relacionado con su propia historia de vida y a causa de la negligencia y abandono de sus propios padres, atendido lo cual y con el fin de resguardar precisamente la integridad psicológica de las menores, teniendo presente su interés

superior, el Tribunal de Familia de La Serena declaró a las niñas susceptibles de ser adoptadas, por lo que estos sentenciadores no advierten de que forma se podría entender transgredida esta garantía constitucional. Luego, enuncia el recurrente que la segunda garantía que habría sido vulnerada es la del artículo 19 N° 24, sin embargo, seguidamente reproduce el artículo 19 N° 3 inciso 4° de la Constitución Política de Chile, expresando que tal derecho ha sido vulnerado por el hecho que “la recurrida se pretende hacer dueña y poseedora de un terreno que yo compré y que cerque y ocupo desde la fecha de su compra, Por lo que si ella pretende autodenominarse dueña y poseedora de mi terreno, debe de conseguir una orden de un tribunal en un juicio válidamente tramitado que reconozca sus pretensiones, pero no puede hacerse por su propia mano” (sic), no existiendo relación alguna de lo expuesto por el recurrente con los hechos materia del recurso, por lo que se descarta de plano alguna infracción al respecto. Finalmente, y en cuanto a la tercera y a la cuarta garantía que se alegan vulneradas, contenidas en los artículos 18 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es menester hacer presente que además de no observarse que se dan los hechos fundantes, las normas invocadas no son de aquellas que se encuentran amparadas por el recurso de protección, conforme al artículo 20 de la Constitución Política de la República.

**MINISTROS** Sr. Juan Shertzer D., la Fiscal Judicial Sra. Erika Noack O. y la Abogada Integrante Sra. Marcela Viveros V.

**REDACTOR** Sra. Marcela Viveros V.

**FUENTE**

vLex: 637666201

## **FICHA N° 6**

### **SE RECHAZA CASACIÓN EN LA FORMA, APELACIÓN Y SUSCEPTIBILIDAD**

**MATERIA**

Susceptibilidad de adopción.

**REGLA**

La normativa que contiene la Ley 19.620 se funda en la protección del interés superior del niño adoptado y en el amparo de su derecho a vivir y a desarrollarse en el seno de una familia que le proporcione el afecto y los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales cuando ello no puede ser otorgado por su familia de origen.

#### **SÍNTESIS DE LOS HECHOS**

SENAME solicita la declaración de susceptibilidad de adopción de un niño por no existir familia extensa que pudiera asumir su cuidado.

#### **DESCRIPTORES**

Susceptibilidad de adopción – medidas de protección – interés superior del niño – derecho a vivir en familia – subsidiariedad de la adopción

#### **LEGISLACIÓN APLICABLE**

Artículos 1 de la Ley 19.620; y 21 de la Convención de los Derechos del Niño.

#### **HISTORIA PROCESAL**

##### **Primera Instancia**

Tribunal	Juzgado de Familia de Talcahuano
Decisión	Rechaza solicitud de susceptibilidad de adopción
Rol	A-12-2015
Fecha	2 de diciembre de 2015

##### **Segunda Instancia**

Tribunal	Corte de Apelaciones de Concepción
Recurso	Casación en la forma y apelación
Decisión	Confirma
Rol	11-2016 (Familia)

**DOCTRINA**

QUINTO: Que, para resolver el asunto sometido al conocimiento de esta Corte, hay que considerar que la normativa que contiene la Ley 19.620 se funda en la protección del interés superior del adoptado y en el amparo de su derecho a vivir y a desarrollarse en el seno de una familia que le proporcione el afecto y los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales cuando ello no puede ser otorgado por su familia de origen. Así lo dice el legislador en el artículo 1º del citado texto, principio recogido por el artículo 5 de la Constitución Política de la República y que guarda concordancia con lo dispuesto en el artículo 21 de la Convención de los Derechos del Niño.

Y que la internación es una medida de carácter transitoria que no soluciona la necesidad del menor de lograr una protección especial, y por ello, la garantía efectiva de sus derechos debe prevalecer por sobre en cualquier conflicto de intereses.

SEXTO: Que, de una lectura atenta de la sentencia de primer grado queda en evidencia que la juez a quo, previa ponderación de la prueba conforme con las reglas de la sana crítica y un acabado análisis de los antecedentes producidos en el proceso concluyó, teniendo en consideración el interés superior del niño, rechazar la demanda del recurrente.

En efecto, tuvo especialmente en consideración el informe de la Consejera Técnica del Tribunal, que sugirió que no se acoja la solicitud de susceptibilidad de adopción, atendido principalmente que existe otra medida que resulta conveniente para el bienestar de P. y la opinión de la curadora ad-litem, que se adhiere a las observaciones y opiniones de la consejera por las razones que indica, para decidir que resulta más beneficioso y conforme al interés del niño rechazar la demanda de susceptibilidad de adopción y revocar la medida de protección vigente, ordenando su egreso del Hogar Tupahue y entregando sus cuidados protectores a doña M.K.C.S.

Señala que existe una vinculación afectiva entre ambos y que la señorita Concha ha manifestado una voluntad seria de interés genuino de ejercer un rol maternal sustituto respecto del niño, con proyección a largo plazo, habiéndose acreditado que reúne todas las condiciones y habilidades al efecto.

En cuanto a la medida de internación, la revoca debido al largo tiempo de internación del niño, aproximadamente de dos años, que implica una grave vulneración en sus derechos.

**MINISTROS** Sra. María Leonor Sanhueza O., Sr. Manuel Muñoz A. y  
Abogado Integrante Sr. Hugo Tapia E.

**REDACTOR** Sra. María Leonor Sanhueza O.

**FUENTE**

vLex: 637931965

**FICHA N° 7**

**SE ACOGE APELACIÓN Y SUSCEPTIBILIDAD**

**MATERIA**

Susceptibilidad de adopción.

**REGLA**

Los Tribunales deben resolver, considerando precisamente aquellos derechos que forman parte del anillo de seguridad, que privilegia decisiones fundadas en los derechos humanos de los niños.

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS**

SENAME solicita declaración de susceptibilidad de adopción sobre cuatro niñas y niños con la oposición de la madre y de la bisabuela materna quienes señalan que poseen las condiciones para hacerse cargo de ellos y ellas, y que no se ha acreditado la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia de los niños en su familia de origen.

**DESCRIPTORES**

Susceptibilidad de adopción – interés superior del niño

**LEGISLACIÓN APLICABLE**

Artículos 1 y 12 de la Ley 19.620

## **HISTORIA PROCESAL**

### **Primera Instancia**

Tribunal	Juzgado de Familia de Talcahuano
Decisión	Acoge solicitud de susceptibilidad de adopción
Rol	A-51-2014
Fecha	26 de mayo de 2015

### **Segunda Instancia**

Tribunal	Corte de Apelaciones de Concepción
Recurso	Apelación
Decisión	Confirma
Rol	318-2015 (Familia)
Fecha	25 de agosto de 2015

## **DOCTRINA**

TERCERO: Que ha de tenerse muy presente que el interés superior del niño es el principio esencial que informa la legislación de menores, principio que también recoge la Ley 19.620, en su artículo 1º, al establecer que: “La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le puede ser proporcionado por su familia de origen”. El principio, ha sido definido como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona menor de edad, y en general de los derechos que buscan su mayor bienestar” (BAEZA, Gloria: “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 28, Nº 2, p. 356) De esta forma podemos afirmar que se reconoce al menor como sujeto de derechos y el Tribunal ha de resolver, considerando precisamente aquellos derechos que forman parte del anillo de seguridad, que privilegia decisiones fundadas en los derechos humanos de los niños. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, con el cual la ley se refiere a una esfera de realidad, cuyos límites no aparecen bien precisados en su

concepto, no obstante que intenta delimitar un supuesto concreto que admite ser puntualizado en el momento de su aplicación. (RAVETLLAT, Isaac. “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” en *Educatio*, Siglo XXI, Vol. 30 N° 2-2012 P.105)

CUARTO: Que, de la apreciación razonada y lógica de los antecedentes probatorios allegados al proceso, esta Corte comparte los razonamientos del tribunal de primer grado, en cuanto respecto de la madre, se configuran las causales de inhabilidad moral para ejercer el cuidado de los niños, al no haber velado de manera estable y permanente por el cuidado de éstos y se configura además la causal del artículo 12 N° 2 de la ley 19.620, respecto de la niña A.M.M. Es un hecho indiscutido que los menores han debido permanecer institucionalizados y en una evidente situación de carencia de protección, presentando la madre adicción a las drogas y delegando sus funciones en la abuela materna, doña E.F.

En cuanto al núcleo familiar, sólo U.M.P. aparece como la persona dispuesta a asumir las responsabilidades que la madre no está en condiciones de ejercer, pero como se consigna en el informe emitido por S.F.F. trabajadora social de la I. Municipalidad de C., U. tiene a su cuidado además tres hijos nacidos de una relación de convivencia que duró ocho años y otro más de una relación de pololeo que terminó hace aproximadamente un año por violencia intrafamiliar. Ella vive con cuatro hijos, una hermana y una tía abuela y al menos a la fecha de emitirse el informe, abril de 2015, reconoce problemas de espacio físico en la vivienda que comparte con su familia. Suficientes cuidados le demandan sus hijos, como para considerarla apta para cuidar además a los menores, lo que le demandaría responsabilidades sobre ocho niños, todo lo cual permite concluir que ella no está en condiciones de ejercer el cuidado de los menores cuya susceptibilidad se ha declarado en la sentencia apelada.

QUINTO: Que, por las consideraciones señaladas, además de encontrarse configurado el fundamento legal de la declaración de susceptibilidad, por el principio del interés superior del niño, se debe concluir que, en este caso, la decisión más adecuada es hacer lugar a lo pretendido por el Sename, como forma de asegurar la satisfacción integral de las necesidades espirituales y materiales de los niños A.I., R.A., M.G.A. y A.B., todos de apellido M.M.

**MINISTROS** Sr. Rodrigo Cerda San M., Sra. María Verdugo P. y Abogado Integrante Sr. Waldo Ortega J.

**REDACTOR** Sr. Waldo Ortega J.

**FUENTE**





Rol A-8-2015  
Fecha 27 de octubre de 2015

### **Segunda Instancia**

Tribunal Corte de Apelaciones de Concepción  
Recurso Apelación  
Decisión Revoca sentencia y rechaza solicitud  
Rol 658-2015 (Familia)  
Fecha 3 de junio de 2016

### **DOCTRINA**

SEGUNDO: Que, en autos, se ha acreditado que los menores T.D. y J.R., ambos de apellido E.A., tienen una familia “extendida”, y al menos en la línea paterna, sus abuelos, han manifestado su interés de mantener a sus nietos unidos y al mismo tiempo vinculados a su entorno familiar.

TERCERO: Que, como ya lo ha señalado esta Corte en el rol N° 277-2014, no resulta aconsejable sustraer a los menores de su grupo familiar, sobre todo cuando sus familiares se oponen a ello, ya que, no sólo se privaría de la oportunidad a la familia paterna para cuidar a los niños, sino que además, se pondría en serio riesgo la oportunidad de que los menores pudiesen crecer juntos, toda vez que siempre es aconsejable que los hermanos se acompañen en sus primeros años de vida.

CUARTO: Que, de lo razonado, a juicio de esta Corte, no se han agotado todos los mecanismos para establecer la inhabilidad de la familia, al menos no de los abuelos paternos, al no constar en autos el informe parental de dichos abuelos, cuestión que resulta relevante, dado que éstos han manifestado su interés por acoger a sus nietos.

**MINISTROS** Sr. Hadolff Ascencio M., Sra. Valentina Salvo O., y Abogado Integrante Sr. Marcelo Matus F.

**REDACTOR** Sr. Marcelo Matus F.

**FUENTE**

vLex: 642101833

## **2.- Fichas de sentencias contenidas en WESTLAW (2014-2017):**

### **FICHA N° 1**

#### **SE RECHAZA CASACIÓN Y SE CONFIRMA SUSCEPTIBILIDAD**

##### **MATERIA**

Susceptibilidad de adopción.

##### **REGLA**

No basta el mero contacto que tenga la madre con las hijas, sino que se requiere que dicha vinculación sea de calidad, que permita presumir fundadamente que les sea posible vivir en un entorno de bienestar emocional y con la satisfacción de sus necesidades acorde con su dignidad de personas humanas y niñas objeto de protección, justamente con el fin de resguardar su interés superior.

##### **SÍNTESIS DE LOS HECHOS**

Tribunal declara la susceptibilidad de adopción de dos niñas, lo que es apelado y recurrido de casación en el fondo por la madre biológica. Alega que no se configurarían las inhabilidades ya que éstas deben ser graves y permanentes, que ella ha mantenido contacto con las niñas y que la adopción es siempre una medida de subsidiariedad.

##### **DESCRIPTORES**

Susceptibilidad de adopción – interés superior del niño – principio de subsidiariedad

##### **LEGISLACIÓN APLICABLE**

Artículo 16 de la Ley 19.968; y 3, 5 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño

##### **HISTORIA PROCESAL**

###### **Primera Instancia**

Tribunal Juzgado de Familia de Copiapó

Decisión Acoge solicitud de susceptibilidad de adopción

Rol	A-35-2011
Fecha	22 de julio de 2013

### **Segunda Instancia**

Tribunal	Corte de Apelaciones de Copiapó
Recurso	Apelación
Decisión	Confirma
Rol	58-2013 (Familia)
Fecha	21 de enero de 2014

### **Corte Suprema**

Recurso	Casación en el fondo
Decisión	Rechazado
Rol	4000-2014
Fecha	10 de septiembre de 2014

### **DOCTRINA**

TERCERO: Que sobre los hechos antes expuestos los sentenciadores concluyeron que: “Por todo lo anterior y teniendo en consideración que no existen redes de apoyo, de las consecuencias de una internación prolongada y buen pronóstico para las niñas de adaptarse a un nuevo contexto familiar, atendida su edad y considerando que la susceptibilidad de adopción pretendida, lo es con el fin de amparar el derecho de las niñas a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que les brinde afecto y les procure los cuidados necesarios, cuando ello no les pueda ser proporcionado por sus padres, como en el caso sub-lite, hace procedente acoger la solicitud y declarar de esta manera, a las niñas como susceptibles de ser adoptadas, por las causales del artículo 12 N° 1 en relación al artículo 226 en relación al artículo 42 N° 3, 6 y 7 en relación al artículo 8 letra c) de la Ley 19.620 y artículo 12 N° 3, fundado básicamente en la inhabilidad moral o física de los padres y familia de origen para asumir los cuidados de las niñas, sin que velaran por la crianza, cuidado personal o educación, cuando han sufrido

maltrato tanto por acción u omisión, han dado malos ejemplos o cuando la permanencia de éstas en el hogar constituya un peligro para su moralidad y cualquiera otra causa que las coloque en peligro moral o material y cuando las hayan entregado a una institución pública o privada de protección o a un tercero con el ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales.

SEXTO: Que, por último, en relación a las transgresiones que alude al artículo 16 de la Ley N° 19.968, en relación a los artículos 3, 5 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño, 74 de la Ley N° 19.968 y el hecho que siempre la adopción es una medida de ultima ratio, infracciones que sustentó en que no se "fundamentó" la aplicación del interés superior del niño porque "existe un grupo familiar que consiste en la madre de las niñas quien no obstante de carecer de habilidades parentales (sic) ha mantenido un contacto con sus hijas", cabe señalar que dicho argumento, resulta incongruente, en la medida que, por una parte, sus alegaciones se orientan a establecer que no concurren los requisitos de procedencia de las causales de inhabilidad de la familia de origen y, por otra parte, en forma conjunta, reconoce la falta de habilidades parentales de la madre, lo que se traduce en que admite la concurrencia de las causales de inhabilidad, pero no está de acuerdo con la medida adoptada por los jueces del grado, fundado ello solamente en que el informe que indica se refiere a que la madre ha mantenido contacto con las niñas, circunstancia ésta última que por sí misma es improcedente como fundamento de casación, atendido que dice relación con la apreciación de los hechos, pero además porque no basta el mero contacto que tenga la madre con las niñas, - y con este supuesto se regresa a lo fáctico- sino que se requiere y, como bien lo expresó la sentencia en estudio, que dicha vinculación sea de calidad, que permita presumir fundadamente que P. y Y. les sea posible vivir en un entorno de bienestar emocional y con la satisfacción de sus necesidades acorde con su dignidad de personas humanas y niñas objeto de protección, justamente con el fin de resguardar su interés superior.

SÉPTIMO: Que en ese contexto, no basta un análisis sesgado de los antecedentes probatorios como pretende el recurrente -al referirse a un solo medio de prueba-, sino que es necesaria una valoración en conjunto de aquéllos, tal como ocurrió en la especie, pero que además y como ya se señaló, dicho análisis es ajeno al recurso de casación y está entregado a los jueces del grado. En todo caso, la sentencia desarrolló, ponderó y estableció la concurrencia del principio del interés superior de las niñas y el de subsidiariedad de la adopción, de lo que se dejó constancia especialmente en sus motivos décimo tercero y décimo cuarto, antes transcritos.

**MINISTROS** Sres. Ricardo Blanco H., Carlos Aránguiz Z., Carlos Cerda F.  
y los Abogados Integrantes Sres. Ricardo Peralta V. y Arturo  
Prado P.

**REDACTOR** Sr. Arturo Prado P.

**FUENTE**

Westlaw: CL/JUR/6428/2014

**FICHA N° 2**

**SE RECHAZA CASACIÓN Y SUSCEPTIBILIDAD**

**MATERIA**

Susceptibilidad de adopción.

**REGLA**

La vida y el futuro de un niño necesariamente debe analizarse y proyectarse con los elementos de la realidad que lo circunda, y no puede quedar supeditada a la preponderancia puramente conceptual de determinados principios, como ocurre con la subsidiariedad de la adopción, cuya eficacia sólo puede depender de la posibilidad cierta de brindar a los menores de edad, un hogar estable que les asegure un nivel de vida adecuado –en los afectos y en el ejemplo– para su desarrollo físico, mental, espiritual, social y moral.

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS**

SENAME solicita la declaración de susceptibilidad de adopción de un niño la cual fue rechazada en primera instancia, y para lo cual dicho Tribunal tuvo presente que para que proceda la declaración solicitada la legislación discierne sobre la base de estar agotada la posibilidad que la familia de origen del niño pueda proporcionarles los cuidados necesarios, siendo la adopción la última posibilidad de un hogar, y que la familia extensa de este niño, representada por la bisabuela, cuenta con los recursos materiales y morales necesarios para hacerse cargo de los cuidados del mismo.

## **DESCRIPTORES**

Susceptibilidad de adopción – principio de subsidiariedad – voto disidente

## **LEGISLACIÓN APLICABLE**

Artículo 12 N° 1 de la Ley 19.620; y 226 del Código Civil

## **HISTORIA PROCESAL**

### **Primera Instancia**

Tribunal	Juzgado de Familia de Viña del Mar
Decisión	Rechaza solicitud de susceptibilidad de adopción
Rol	A-60-2012
Fecha	19 de abril de 2013

### **Segunda Instancia**

Tribunal	Corte de Apelaciones de Valparaíso
Recurso	Apelación
Decisión	Confirma
Rol	379-2013 (Familia)
Fecha	19 de julio de 2013

### **Corte Suprema**

Recurso	Casación en el fondo
Decisión	Rechazado
Rol	6621-2013
Fecha	29 de enero de 2014



## **DOCTRINA**

SEGUNDO: Que para los efectos de resolver el presente recurso cabe tener presente que se han establecido como hechos en la sentencia recurrida los siguientes:

a.- M.F.V.C. a la fecha de la dictación de la sentencia de primera instancia, tenía cuatro años de edad y ha permanecido internado en el sistema residencial, por cerca de dos años.

b.- El niño, durante su internación no ha mantenido un régimen comunicacional continuado debido a la negligencia de su madre. La abuela dejó de visitar al menor por razones que se justifican en resoluciones judiciales y decisiones administrativas.

c.- La bisabuela del menor, que se opone a la declaración de susceptibilidad de adopción, mantuvo contacto con éste hasta que su madre fue privada del régimen comunicacional, reaccionando sólo al momento de iniciarse este proceso, dentro del cual le fue denegada la posibilidad de mantener una relación directa y regular con M.F. Pese a lo anterior, la señora Escorza presta ayuda material al hogar residencial donde se encuentra el niño.

d.- La familia extensa de M.F. representada por la bisabuela, cuenta con los recursos materiales y morales necesarios para hacerse cargo de los cuidados del menor.

e.- Las instituciones encargadas del cuidado del niño no se han acercado a la oponente para potenciar sus competencias parentales.

TERCERO: Que sobre la base de los hechos reseñados en el motivo anterior los sentenciadores rechazaron declarar la susceptibilidad de adopción del niño M.F.V.C. Al efecto, tuvieron presente que para que proceda la declaración solicitada la legislación discierne sobre la base de estar agotada la posibilidad que la familia de origen del niño pueda proporcionarle los cuidados necesarios, siendo la adopción la última posibilidad de un hogar; que la familia extensa de éste, representada por la bisabuela, cuenta con los recursos materiales y morales necesarios para hacerse cargo de los cuidados del menor; y que la inactividad procesal de la oponente ante la internación se explica por la suspensión del régimen comunicacional de la madre y por la negativa del tribunal de permitirle se comunicara con su bisnieto.

## **VOTO DISIDENTE: MINISTRA SRA. EGNEM.**

PRIMERO: Que la señora G.E.G. se hizo una evaluación psicológica, a cargo del Centro de Diagnóstico Psicosocial Ambulatorio Corporación C.E.R.C.A.P., sede Villa Alemana, el que resulta ser un antecedente técnico ilustrativo, que no fue desvirtuado por otro de igual entidad. El informe concluye que la oponente no cuenta con las competencias parentales que le

permitan asumir en forma responsable el cuidado del niño M.F.V.C., apreciándose escasas probabilidades de recuperabilidad en el corto a mediano plazo.

SEGUNDO: Que, en concepto de la disidente, la Corte de Apelaciones, al desestimar el elemento probatorio antes mencionado infringió las normas de la sana crítica, toda vez que, por ser un informe técnico y singular, expedido por un psicólogo experto en la materia no podían los sentenciadores soslayar un análisis profundo del mencionado elemento, sin fundamentar su exclusión, lo que resultaba imperioso toda vez que no desvirtuado ni contradicho por otro antecedente de similar entidad. En efecto, el rechazo sin mayores explicaciones, de una pericia que se sitúa en el marco de los conocimientos científicamente afianzados constituye una grave infracción a las normas de la sana crítica contenidas en el artículo 32 de la Ley N° 19.968, lo que justifica la anulación del fallo en revisión.

CUARTO: Que lo precedentemente explicitado debe enlazarse necesariamente con las máximas de la experiencia que obligan a examinar la historia de la señora G.E.G. en relación a la crianza de la propia madre del menor de autos, que fue dejada a su cuidado desde niña, experiencia educativa que ha evidenciado un resultado desolador toda vez que la nieta (madre del menor), superada por su adicción a las drogas, vulneró de manera extrema los derechos de su hijo desencadenando su internación. Lo anterior, en concordancia con el informe psicológico ya reseñado, demuestra la falta absoluta de control y exceso de permisividad por parte de la oponente, lo que resulta ser contrario y negativo para el efecto esperado con la intervención de la jurisdicción, esto es, dar satisfacción a la imperiosa necesidad del pleno desarrollo del niño. Cabe añadir, además, que la Consejera Técnica del Tribunal ha coincidido en sus conclusiones con el informe técnico tantas veces aludido en cuanto a que los padres y la oponente carecen de las habilidades necesarias para mantener el cuidado del niño, estimando que es más beneficioso para éste iniciar un proceso de adopción.

QUINTO: Que, por otro lado, la vida y el futuro de un menor, necesariamente debe analizarse y proyectarse con los elementos de la realidad que lo circunda, y no puede, por ende, quedar supeditada a la preponderancia puramente conceptual de determinados principios, como ocurre con la subsidiariedad de la adopción, cuya eficacia sólo puede depender de la posibilidad cierta de brindar a los menores de edad, un hogar estable que les asegure un nivel de vida adecuado –en los afectos y en el ejemplo– para su desarrollo físico, mental, espiritual, social y moral.

SEXTO: Que evidenciada la carencia de la oponente de las destrezas parentales necesarias para hacerse cargo de M.F.V.C., la disidente considera configurada en la especie la causal de inhabilidad establecida en el N° 3 del artículo 42 de la Ley de Menores, desde que no posee

las capacidades – ni la voluntad de obtener algún grado de capacitación- en los niveles necesarios para velar por la crianza, cuidado personal, u educación del bisnieto, lo que, atendida la ausencia indiscutida de sus progenitores, ha debido conducir necesariamente a declarar la susceptibilidad de adopción a su respecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 N° 1 de la Ley N° 19.620 en relación con le artículo 226 del Código Civil.

**MINISTROS** Sra. Rosa Egnem S., Sr. Ricardo Blanco H., Sra. Gloria Ana Chevesich R., Ministro Suplente Sr. Alfredo Pfeiffer R. y la Abogada Integrante Sra. Virginia Halpern M.

**REDACTOR** Sra. Virginia Halpern M.

**FUENTE**

Westlaw: CL/JUR/167/2014

**FICHA N° 3**

**SE RECHAZA CASACIÓN Y SE ACOGE SUSCEPTIBILIDAD**

**MATERIA**

Susceptibilidad de adopción.

**REGLA**

La institución de la adopción es de última “ratio”, lo que significa que en el orden administrativo y judicial se deben agotar todos los esfuerzos al interior de la familia de origen antes de adoptar una decisión que se traduzca en la separación de los menores respecto de aquella, de manera definitiva e irreversible.

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS**

El Juzgado de Familia acoge la demanda de declaración de susceptibilidad de adopción respecto de dos niñas. La Corte de Apelaciones confirma tal veredicto, el que es impugnado por la abuela materna de las menores a través de un recurso de casación en el fondo. La Corte Suprema, en votación dividida –3 a 2–, rechaza el recurso deducido.

## **DESCRIPTORES**

Susceptibilidad de adopción – interés superior del niño – principio de subsidiariedad – prioridad de la familia biológica

## **LEGISLACIÓN APLICABLE**

Artículos 1, 7 y 14 de la Ley 19.620; Artículos 8 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

## **HISTORIA PROCESAL**

### **Primera Instancia**

Tribunal	Juzgado de Familia de Rengo
Decisión	Acoge solicitud de susceptibilidad de adopción
Rol	Información reservada
Fecha	4 de septiembre de 2013

### **Segunda Instancia**

Tribunal	Corte de Apelaciones de Rancagua
Recurso	Apelación
Decisión	Confirma
Rol	Información reservada
Fecha	18 de diciembre de 2013

### **Corte Suprema**

Recurso	Casación en el fondo
Decisión	Rechazado
Rol	1831-2014
Fecha	29 de julio de 2014

## **DOCTRINA**

**SEXTO:** Que, en consecuencia, como no es efectivo que los jueces del fondo hayan ignorado las reglas de la lógica, y además, el discurso del recurrente más bien importa refutar la ponderación que los sentenciadores de la instancia hicieron de las pruebas aportadas por las partes, o discrepar con dicho proceso racional por no estar acorde con la conclusión a la que arribaron, dada la posición que la oponente mantuvo en el juicio, lo que, como se dijo, escapa al control que debe efectuar esta Corte, corresponde colegir que no se violentó lo que dispone el artículo 32 de la Ley N° 19.968 al concluirse que se acreditó que la abuela materna no se encuentra en condiciones de asumir responsablemente el cuidado de las niñas por carecer de habilidades mínimas y de capacidad empática, no tener vínculo afectivo real con ellas, exponerlas a situaciones de riesgo por la relación de violencia intrafamiliar que mantiene con la madre, y por haberlas expuesto a una nueva vulneración consistente en abandono, cuando las reingresó al hogar, pues interrumpió sus visitas por más de cinco meses.

**SÉPTIMO:** Que, en esas condiciones, la derivación lógica se traduce en que los jueces del fondo no quebrantaron lo que dispone el artículo 7° de la Ley N° 19.620, relacionado con lo previsto en los artículos 1° y 14 del mismo cuerpo legal, y en los artículos 8° apartado 1, 21 letra a) y 27 apartados 1 a 3 de la Convención de los Derechos del Niño; y lo prescrito en los artículos 19 y 22 del Código Civil; en la medida que se asentó como hecho de la causa que se indagó entre la familia de origen de las niñas si había un pariente apto para cuidarlas y velar por su interés superior, proceso que fue infructuoso, por las razones ya anotadas, lo que implica que los sentenciadores de la instancia entendieron que la institución de la adopción es de última “ratio ; lo que significa que en el orden administrativo y judicial se deben agotar todos los esfuerzos al interior de la familia de origen antes de adoptar una decisión que se traduzca en la separación de los menores respecto de aquella, de manera definitiva e irreversible.

### **VOTO EN CONTRA: MINISTRO SR. BLANCO Y MINISTRA SRA. CHEVESICH**

**PRIMERO:** Que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 19.620, la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando no puede ser proporcionado por su familia de origen; razón por la que se puede concluir que los principios fundamentales que la informa son el de la “subsidiariedad y el de la “prioridad de la familia biológica”. Así, en todo caso, se encuentra establecido de manera expresa en el artículo 15 de la citada ley, pues dispone que debe hacerse todo lo posible para conseguir que el niño conserve su familia de

origen –biológica o extensa–, por lo que la resolución judicial que lo declare en estado o vía de ser adoptado debe dictarse una vez que se haya establecido que es imposible disponer de otras medidas para mantenerlo en ella;

CUARTO: Que, por lo tanto, los disidentes infieren que para descartar a la abuela materna del proceso de que da cuenta estos autos, y, consecuentemente, a la familia de origen, no se desarrolló un programa de apoyo y de orientación real y efectivo que, una vez concluido, habría permitido determinar si efectivamente no estaba en condiciones de procurar a las niñas los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales; por lo que concluyen que no se respetaron los principios que informan la institución de la adopción, ya señalados.

**MINISTROS** Sr. Ricardo Blanco H., Sra. Gloria Ana Chevesich R., Sr. Carlos Aránguiz Z. Sra. Andrea Muñoz S., y Sr. Carlos Cerda F.

**REDACTOR** Sra. Gloria Ana Chevesich R.

**FUENTE**

Westlaw: CL/JUR/4953/2014

**FICHA N° 4**

**SE RECHAZA CASACIÓN Y SE ACOGE SUSCEPTIBILIDAD**

**MATERIA**

Susceptibilidad de adopción.

**REGLA**

La finalidad de la adopción es proteger al niño, niña o adolescente que va a ser objeto de la misma, proporcionándole una familia que lo proteja y le brinde las condiciones necesarias y mínimas para su adecuado desarrollo, al no haber podido contar con su familia biológica que le pudiese entregar dicha prerrogativa, teniendo un carácter excepcional, cuya aplicación debe ajustarse estrictamente a la regulación normativa dispuesta y a su eje central, que es el interés

superior del niño, concepto que aunque jurídicamente es indeterminado, aparece delimitado por las circunstancias de cada caso en particular.

### **SÍNTESIS DE LOS HECHOS**

SENAME solicita la declaración de susceptibilidad de adopción de un niño. El juzgado de familia acoge la solicitud, decisión que el tribunal de alzada confirma. Los padres biológicos del menor deducen recurso de casación en el fondo, el que será rechazado en fallo dividido – 4 a 1– por el Máximo Tribunal.

### **DESCRIPTORES**

Susceptibilidad de adopción – interés superior del niño – principio de subsidiariedad

### **LEGISLACIÓN APLICABLE**

Artículos 226 del Código Civil; 12 N° 1 de la Ley 19.620; y 42 N° 1, 3 y 7 de la Ley 16.618, artículo 1° del Reglamento de la Ley N° 19.620

### **HISTORIA PROCESAL**

#### **Primera Instancia**

Tribunal	Juzgado de Familia de Puerto Montt
Decisión	Acoge solicitud de susceptibilidad de adopción
Rol	A-42-2012
Fecha	8 de octubre de 2013

#### **Segunda Instancia**

Tribunal	Corte de Apelaciones de Puerto Montt
Recurso	Apelación
Decisión	Confirma
Rol	Información reservada

Fecha 6 de diciembre de 2013

### **Corte Suprema**

Recurso Casación en el fondo

Decisión Rechazado

Rol 634-2014

Fecha 29 de septiembre de 2014

### **DOCTRINA**

QUINTO: Que, de manera preliminar, cabe explicitar lo dispuesto en el artículo 12 N° 1 de la Ley N° 19.620 sobre adopción, que señala: “Procederá la declaración judicial de que el menor es susceptible de ser adoptado, sea que su filiación esté o no determinada, cuando el padre, madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado se encuentren en una o más de las siguientes situaciones: 1° se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal, de conformidad al artículo 226 del Código Civil”. A su vez, el artículo 226 del Código de Bello dispone: “Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño, conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2”.

En este mismo orden de ideas, el artículo 42 de la ley N° 16.618 que regula materias referidas a menores, indica los casos en que debe entenderse cuándo los padres se encuentran inhabilitados física o moralmente, trayendo colación en el caso en comento los siguientes: N° 1) cuando estuvieran incapacitados mentalmente; N° 3) cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo y N° 7) cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material”.

DÉCIMO: Que, sin perjuicio de lo ya razonado se hace posible, a mayor abundamiento, traer a colación lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 19.620 el cual dispone: “La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen. La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos de la presente ley”. En este



mismo sentido el artículo primero del Reglamento de la materia indica: “Las disposiciones del presente reglamento se aplicarán considerando siempre el interés superior del niño”.

UNDÉCIMO: Que, de lo anterior se desprende que la finalidad última de la institución de la adopción es proteger al niño, niña o adolescente que va a ser objeto de la misma, proporcionándole una familia que lo proteja y le brinde las condiciones necesarias y mínimas para su adecuado desarrollo, al no haber podido contar con su familia biológica que le pudiese entregar dicha prerrogativa. De allí su carácter excepcional, cuya aplicación debe ajustarse estrictamente a la regulación normativa dispuesta y a su eje central, que es el interés superior del niño, concepto que aunque jurídicamente es indeterminado, aparece delimitado por las circunstancias de cada caso en particular y principalmente en el juicio en comento. En este sentido, lo jueces del grado, dentro de las facultades que les son propias, otorgaron contenido a las referidas directrices, lo cual consta de la sola lectura de la sentencia del grado, que hicieron suya los sentenciadores del fondo.

DUODÉCIMO: Que por todo lo latamente expuesto, resulta de manifiesto que no se han vulnerado las normas denunciadas, a saber, los artículos 12 N° 1 de la Ley N° 19.620, Artículo 226 del Código Civil y artículo 42 de la Ley N° 16.618, pues de la lectura de lo razonado se advierte que, en realidad, se trata de una interpretación interesada que efectúan los recurrentes, labor que es propia del rol juzgador de los sentenciadores y, además, porque sus fundamentos se construyen a partir de supuestos fácticos diversos a los establecidos por el juez de la instancia, teniendo en consideración la finalidad primordial de la adopción, la cual no sólo se limita a que el niño se desarrolle en el seno de una familia, sino que además se le brinden afectos y se procure los cuidados necesarios para satisfacer sus necesidades tanto espirituales y materiales, cuando esto no pueda ser proporcionado por su familia de origen, tal como se estableció en el caso en comento.

DÉCIMO TERCERO: Que, finalmente, tampoco es efectiva la supuesta vulneración a lo preceptuado en el artículo 9 de la Convención de los Derechos de Niño, y que se haya desconocido de esta manera el interés superior del niño de autos, pues al momento de arribar a la conclusión aludida se tuvieron precisamente en consideración las necesidades del niño en orden a contar con una familia que le permita un adecuado desarrollo personal y las falencias de la familia de origen, teniendo en consideración el carácter excepcional de esta institución a la luz de los hechos asentados en juicio.

**VOTO EN CONTRA: MINISTRO SR. BLANCO**

TERCERO: Que los principios fundamentales de la institución de adopción son el de la subsidiariedad y de la prioridad de la familia biológica, los que se encuentran en estricta

relación con el derecho a la identidad del niño. El legislador ha manifestado preferencia por la familia de origen y la consideración de la adopción no como una forma alternativa de filiación, sino de carácter subsidiario. Refuerza dicha postura lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley de Adopción que indica que debe hacerse todo lo posible para conseguir que el niño conserve su familia de origen, de modo que la resolución judicial que declare a éste en estado o vía de ser adoptado debe dictarse cuando previamente se haya establecido "la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor en la familia de origen".

CUARTO: Que en este mismo sentido, el artículo 8º del Reglamento de la Ley de Adopción, a propósito de los programas de adopción, en lo referido a la orientación y apoyo a la familia de origen, señala que aquellos deben tener como objetivo fundamental constatar si ésta podría procurarle los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales. Así, el carácter o naturaleza subsidiaria de la adopción, determina que el referido instituto sólo puede materializarse ante la inexistencia jurídica de la familia biológica nuclear o extensa, o si siendo ésta determinada, se encuentra impedida de contener en su interior al menor y de proporcionarle las condiciones para su desarrollo, o cuando el grupo familiar rechaza al niño o los padres no asumen sus funciones y responsabilidades filiales.

OCTAVO: Que, en este contexto, la acción que sustenta el proceso en estudio, esto es, la de susceptibilidad de adopción, tiene por fundamento acreditar que la familia a la que pertenecen los niños, a favor de los cuales, se solicita dicha medida, carece de las habilidades parentales para ejercer su cuidado. En la especie, se advierte que en el establecimiento de los cimientos sobre los cuales se tuvieron por configuradas las causales de inhabilidad de los padres del niño, no se consideró conforme a las reglas que informan la sana crítica, el mérito del proceso, lo que redundó en que no se colige de manera lógica y armónica las razones por las que se decidió acceder a la susceptibilidad de adopción.

DÉCIMO: Que, en este sentido, la Constitución en su artículo 1 señala que: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece. Es deber del Estado..., dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta,...". Por su parte, el artículo 27 de la Convención de los Derechos del Niño establece que "Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social" y en su N° 3 precisa que "Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios,

adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho...”, así es como, el Servicio Nacional de Menores debe entregar una oferta programática de proyectos ejecutados por los distintos Organismos Colaboradores dirigidos a la atención de niños, niñas y adolescentes, además, de contar con centros para el cumplimiento de dichos fines.

UNDÉCIMO: Que, por consiguiente, los progenitores de J. D. revelan tener facultades para ejercer el cuidado personal de su hijo, sólo que debajo de determinadas condiciones, atendida su especial estructura. Para arribar a dicha conclusión, se tiene presente, que los profesionales designados determinaron en su oportunidad que la madre no puede cuidarlo por sí misma y requiere para ello de un adulto responsable que la supervise y, por otro lado, el padre cuenta con habilidades parentales insuficientes, por lo que, de acuerdo a la normativa antes expresada, es el Estado quien en estas circunstancias y, con el fin de hacer prevalecer especialmente el derecho de identidad del niño, debe reforzar las habilidades parentales de los progenitores para que en conjunto logren el propósito buscado y ayudarlos en el aspecto material para permitirles cumplir con su rol. Al respecto cabe recordar que esta Corte ha señalado que el referido derecho es esencial y una de las bases que sustentan e inspiran el nuevo estatuto de filiación, por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011, lo definió: “como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos que se trate y las circunstancias del caso” agrega la Corte (...) “que es un derecho humano que comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, relación por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando el Estado obligado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios que disponga para hacerlo efectivo”.

DÉCIMO TERCERO: Que, por lo tanto, no se puede descartar por la incapacidad mental de la madre al padre y, consecuentemente, a la familia de origen. No se desarrolló un programa de apoyo y de orientación real y apto que una vez concluido, habría permitido determinar si efectivamente no se encontraban en condiciones de procurar a su hijo los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, de lo que se colige que no se respetaron los principios que informan la institución de la adopción ya señalados.

**MINISTROS** Sres. Ricardo Blanco H., Carlos Aránguiz Z., Carlos Cerda F., y los Abogados Integrantes Sres. Ricardo Peralta V., y Arturo Prado P.

**REDACTOR** Sr. Carlos Aránguiz Z. y el voto del Sr. Blanco.

**FUENTE**

Westlaw: CL/JUR/6948/2014

**FICHA N° 5**

**SE RECHAZA CASACIÓN Y SUSCEPTIBILIDAD**

**MATERIA**

Susceptibilidad de adopción.

**REGLA**

El juez, al decidir sobre la susceptibilidad de adopción de un niño o niña, debe considerar el interés superior del niño como principio rector de interpretación y de decisión.

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS**

SENAME interpone recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones, que revocó el fallo de primer grado y rechazó la demanda sobre declaración de susceptibilidad de adopción de menor. La Corte Suprema rechaza el recurso de nulidad substancial deducido, con voto de disidencia.

**DESCRIPTORES**

Susceptibilidad de adopción – interés superior del niño

**LEGISLACIÓN APLICABLE**

Artículo 12 de la Ley 19.620; 42 N° 6 y N° 7 de la Ley N° 16.618, artículo 226 del Código Civil; artículo 16 de la Ley N° 19.968.

## **HISTORIA PROCESAL**

### **Primera Instancia**

Tribunal	Juzgado de Familia de Copiapó
Decisión	Acoge solicitud de susceptibilidad de adopción
Rol	A-14-2012
Fecha	14 de enero de 2013

### **Segunda Instancia**

Tribunal	Corte de Apelaciones de Copiapó
Recurso	Apelación
Decisión	Revoca sentencia y acoge solicitud
Rol	Información reservada
Fecha	29 de julio de 2013

### **Corte Suprema**

Recurso	Casación en el fondo
Decisión	Rechazado
Rol	6096-2013
Fecha	30 de enero de 2014

## **DOCTRINA**

SEGUNDO: Que para los efectos de resolver el presente recurso cabe tener presente que se han establecido como hechos en la sentencia recurrida los siguientes:

a.- La niña C.F.B.Q. nació el 10 de mayo de 2008, siendo sus padres don J.B.C. y doña J.Q.B.; y sus hermanos J.C., B. e I. De 14, 13 y 9 años respectivamente, a la fecha de la dictación de la sentencia de primera instancia. Este último se encuentra actualmente bajo el cuidado de los abuelos paternos. En el mes de junio de 2010 la madre de la menor cae presa (posteriormente

es condenada a 7 años de presidio mayor en su grado mínimo como autora del delito de tráfico de estupefacientes, privación de libertad que concluye el día 9 de junio de 2017), por lo que se hace cargo de la menor su abuela materna, quien visitaba a su hija en la cárcel en compañía de la niña, pero la ascendiente muere el día 14 de marzo de 2012. La niña queda al cuidado de su tía materna doña M.Q.B., quien fue negligente en su rol ya que aquella pasaba la mayor parte del tiempo sola o en la calle, sin recibir sus alimentos cuando correspondía. Por su parte, el padre es condenado el 10 de febrero de 2012, a dos años de presidio menor en su grado medio como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, cumpliendo su condena el día 16 de febrero de 2014.

TERCERO: Que sobre la base de los hechos reseñados en el motivo anterior los sentenciadores rechazaron declarar la susceptibilidad de adopción de la niña C.F.B.Q. Al efecto tuvieron presente que la menor ha contado desde su nacimiento con una familia que -dentro del contexto de su realidad social y cultural ha delineado- ha provisto a la satisfacción de sus derechos, a través del cuidado que su madre y abuela materna desplegaron hasta la privación de libertad de la primera y fallecimiento de la segunda, y posterior a la internación decretada por el tribunal a quo, a través del contacto permanente y regular de ambos progenitores y abuelos paternos, como consecuencia del régimen comunicacional establecido. Asimismo, porque no aparece que se configure, por ahora, alguna causal de inhabilidad física o moral grave y permanente en los progenitores ni familia extensa, a lo que se suma que las falencias detectadas en el desempeño de sus roles son susceptibles de revertir con la intervención adecuada. Por último, y a mayor abundamiento, porque tampoco se ha demostrado el agotamiento de los esfuerzos para reinsertar a la niña con su familia de origen, todo ello de acuerdo con los principios de subsidiariedad de la adopción e interés superior del niño.

CUARTO: Que para los efectos de resolver el recurso cabe tener presente que éste razona sobre la base de la existencia de inhabilidades por parte de los padres y abuelos paternos de la menor C.F.B.Q. y que los jueces del fondo al resolver lo contrario vulneraron el artículo 32 de la Ley de Familia y el interés superior de la niña reconocido en los artículos 16 de la Ley N° 19.968 y 3° de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En cuanto a la causal de inhabilidad no se señalan hechos concretos y se la relaciona con el N° 1 del artículo 12 de la Ley 19.620, en relación con los artículos 226 del Código Civil y 42 de la Ley N° 16.618, sin indicar o reproducir numeral alguno de esta última disposición.

OCTAVO: Que, en lo que respecta a la infracción de los artículos 16 de la Ley N° 19.968 y 3° de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, cabe señalar que de acuerdo a los hechos asentados en el proceso, reproducidos en el considerando segundo de esta sentencia, los jueces le dieron una correcta aplicación al no dar lugar a la declaración de

susceptibilidad de adopción solicitada por el Servicio Nacional de Menores. Esto porque el interés superior del niño aconseja que los menores de edad mantengan vínculos con su familia extendida ante la inhabilidad temporal de los padres, como es el caso. Así lo entendió el legislador al establecer expresamente en el inciso segundo del artículo 226 del Código Civil que, ante la inhabilidad física o moral de los padres, se preferirá a los ascendientes, que en el caso de autos resultan ser los abuelos paternos, quienes de acuerdo a los hechos asentados en el proceso están capacitados para hacerlo. Muestra de lo anterior es que éstos se hacen cargo de uno de los hermanos de la menor C.F.B.Q. de sólo 9 años de edad, sin que se haya hecho reparo alguno al respecto.

**VOTACIÓN EN CONTRA: MINISTRA SRA. EGNEM Y ABOGADA INTEGRANTE SRA. HALPERN**

PRIMERO: Que el hecho de tratarse de un recurso de derecho estricto no significa que necesariamente deba indicarse los numerales específicos de una norma que se denuncia infringida cuando en el desarrollo del libelo se entregan los contenidos de una o más de las situaciones o escenarios que el texto contiene. En la especie, los fundamentos del recurso permiten claramente ubicar la situación de los padres de la menor, tanto en el numeral 6° del artículo 42 de la Ley N° 16.618 cuanto en el numeral 7° de la misma norma, en cuanto a los malos ejemplos entregados y a que la permanencia con ellos constituyen un peligro para su moralidad, atendido el hecho establecido de estar ambos cumpliendo condena por tráfico de drogas, y haberse asentado que el padre fue en su momento un mal referente para los dos hijos mayores de la pareja –hermanos de la menor de autos- que permanecen hoy institucionalizados. En lo que concierne a los abuelos paternos, oponentes a la susceptibilidad de adopción –el recurso abunda en razones, y otros antecedentes que caen en el amplio espectro del numeral 7° de la norma citada, para entender allí situada la causal que les inhabilita.

SEXTO: Que si bien ha de propenderse a privilegiar la familia de origen y a reconocer la subsidiariedad de la adopción, no puede soslayarse que ello sólo será posible en un escenario real y debidamente establecido de contar la familia de origen con las capacidades y habilidades parentales necesarias y suficientes para asegurar el adecuado desarrollo de los menores y su seguridad material y moral, lo que supone, en forma previa, la capacidad de reconocer sus carencias y demostrar una actitud de disposición para recibir capacitación adecuada, elementos todos que no se presentan en la especie.

SÉPTIMO: Que en las condiciones antes expresadas, si ante la evidencia probatoria contundente arrojada por el informe técnico ya indicado, cuyas conclusiones aparecen reafirmadas con las demás circunstancias de hecho que el propio fallo impugnado tuvo por

establecidas, y teniendo especialmente en consideración que lo que la ley de adopción privilegia ante todo es el interés superior del menor, antes que el de sus familiares, no cabe sino concluir que los jueces del fondo han incurrido en infracción de las normas básicas de los artículos 32 de la Ley N° 19.968 y 42 N° 6 y 7 de la Ley N° 16.618 haciendo prevalecer – por sobre la realidad reproducida con las pruebas aportadas-, el tenor puramente conceptual de los principios reseñados, yerro que justifica, en concepto de las disidentes, la anulación del fallo impugnado y la dictación de la sentencia de reemplazo, en los términos inicialmente anotados.

**MINISTROS** Sra. Rosa Egnem S., Sr. Ricardo Blanco H., señora Gloria Ana Chevesich R., el Ministro Suplente Sr. Alfredo Pfeiffer R. y la Abogada Integrante Sra. Virginia Cecily Halpern M.

**REDACTOR** Sr. Alfredo Pfeiffer Richter y de la disidencia sus autoras.

**FUENTE**

Westlaw: CL/JUR/172/2014

**FICHA N° 6**

**SE ACOGE APELACIÓN Y SUSCEPTIBILIDAD**

**MATERIA**

Susceptibilidad de adopción.

**REGLA**

El juez, al decidir sobre la susceptibilidad de adopción de un niño o niña, debe considerar el interés superior del niño como principio rector de interpretación y de decisión.

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS**

Se solicita la declaración de susceptibilidad de adopción de niña, con la oposición del padre. Solicitantes, entre ellos la madre, se alzan contra sentencia que no hizo lugar a la solicitud, la



cual es revocada por la Corte de Apelaciones, declarando que la niña es susceptible de ser adoptada.

#### **DESCRIPTORES**

Susceptibilidad de adopción – interés superior del niño

#### **LEGISLACIÓN APLICABLE**

Artículo 1 y 12 de la Ley 19.620; artículo 1 inciso 2º CPR; 200 y 201 del CC

#### **HISTORIA PROCESAL**

##### **Primera Instancia**

Tribunal	Juzgado de Familia de Los Ángeles
Decisión	Rechaza solicitud de susceptibilidad de adopción
Rol	A-2-2015
Fecha	23 de junio de 2015

##### **Segunda Instancia**

Tribunal	Corte de Apelaciones de Concepción
Recurso	Apelación
Decisión	Revoca sentencia y acoge solicitud
Rol	367-2015 (Familia)
Fecha	05 de octubre de 2015

#### **DOCTRINA**

SEXTO: Que, en estas materias, tal como lo ha señalado la Excma. Corte Suprema, "debe considerarse como principio rector de interpretación y de decisión, el del interés superior del niño, concepto que, aunque jurídicamente indeterminado y de contornos imprecisos, aparece delimitado por las circunstancias de cada caso en particular...". "El interés superior del niño consiste en la plena satisfacción de sus derechos afectivos, económicos y de educación."

(Sentencias citadas en el libro "Código de la Familia", Javier Barrientos Grandón, tercera edición actualizada, página 419 y 428).

En el caso de K., los solicitantes han cubierto todas las necesidades de la niña, sea de índole afectiva como económica desde su nacimiento y vive en un ambiente pleno y armonioso, sin que el padre biológico hubiera tenido participación alguna en ello, lo que es reconocido por la sentenciadora en el fallo de primera instancia, sin embargo, se niega la declaración de susceptibilidad por cuanto se estima por la jueza que la madre y su cónyuge no deben negarle a la niña el derecho a conocer su real origen y porque es probable que en el futuro la menor manifieste inquietud y curiosidad acerca de su origen, decisión que esta Corte no comparte.

En efecto, desde ya ha de decirse que se estableció en la sentencia que, en audiencia reservada con la menor, la jueza pudo constatar que la niña tiene noción clara de tener otro papá, de manera que nada impide que en el futuro pueda indagar al respecto, sin que la declaración de susceptibilidad de adopción o posteriormente la eventual adopción de ella le impida hacerlo.

Por otra parte, el interés superior de la menor de autos exige darle estabilidad jurídica a la situación de hecho en que ella vive como hija de don A.G.C. y E.G.C., quienes le han brindado el afecto y los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales.

Conviene recordar el mandato de la Constitución Política de la República, que señala en su artículo 1º, inciso segundo, que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad; los Tratados Internacionales suscritos por Chile, en especial la Convención de los Derechos del Niño, que en su artículo 21 establece que los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés del niño sea la consideración primordial y el artículo 1º de la ley N° 19.620, que señala que la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del niño 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, esto último es precisamente lo que han hecho los solicitantes de autos con K., como ya se dijo, sin que su padre biológico hubiera tenido alguna participación en ello.

Incluso el legislador, en los artículos 200 y 201 del Código Civil, ha facultado al juez para que, en aras del interés superior del niño, prefiera la posesión notoria de hijo, debidamente acreditada, a las pruebas de carácter biológico cuando haya contradicción entre unas y otras. (Excma. Corte Suprema sentencia dictada el 12 de marzo de 2007, citada en la obra antes referida).

La menor de autos ha sido tratada como hija de don A.G.C. y E.G.C., quienes han proveído "a su educación y establecimiento de un modo competente", como ya se dijo, de manera que

debe prevalecer la verdad social y darle estabilidad a su estado de filiación adquirido en los hechos, permitiéndole a sus padres iniciar el proceso de adopción, para lo cual se debe hacer previamente la declaración que solicitan.

SÉPTIMO: Que, consiguientemente, en atención a todo lo establecido precedentemente, cumpliéndose la situación prevista en el artículo 12 N° 2 de la Ley N° 19.620 y teniendo presente el interés superior de la menor de autos, esta Corte estima del caso que procede declarar la susceptibilidad de adopción de la menor K.M.I.B.G., solicitada por don A.G.C. y E.G.C., discrepando con el señor Fiscal Judicial quien de opinión de confirmar la sentencia que la negó.

**MINISTROS** Sra. Rosa Patricia Mackay F., Sr. Rodrigo Alberto Cerda S. y el Abogado Integrante Sr. Hugo Fernando Tapia E.

**REDACTOR** Sra. Rosa Patricia Mackay F.

**FUENTE**

Westlaw: CL/JUR/6052/2015

**FICHA N° 7**

**SE ACOGE LA CASACIÓN Y SE RECHAZA SUSCEPTIBILIDAD**

**MATERIA**

Susceptibilidad de adopción.

**REGLA**

La adopción es una institución del derecho de familia que la doctrina define como la relación jurídica entre adoptante y adoptado, que se constituye por sentencia judicial, cuyo objetivo es dar al segundo una familia que le proporcione afecto y los cuidados necesarios para la satisfacción de sus necesidades espirituales y materiales, todo en un marco de respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, cuando no pueda ser proporcionado por la familia de origen. Los principios que informan dicha institución y que está reglada en la Ley de Adopción N° 19.620, son los siguientes: de la subsidiaridad, del interés superior del adoptado, el derecho de identidad del adoptado, el derecho del niño a dar su opinión y a

otorgar su consentimiento respecto de su adopción, de preferencia de la familia matrimonial y de la adopción nacional. Los principios de la subsidiariedad de la adopción y de la prioridad de la familia biológica se encuentran recogidos en el artículo 1° de la Ley precitada.

#### **SÍNTESIS DE LOS HECHOS**

Se solicita la declaración de susceptibilidad de adopción de un niño, la que fue acogida por el Tribunal de primera instancia y confirmada por la Corte de Apelaciones. La parte demandada deduce recurso de casación en el fondo solicitando que se anule la sentencia, la Corte Suprema acoge el recurso deducido dictándose una sentencia de reemplazo.

#### **DESCRIPTORES**

Susceptibilidad de adopción – principios – principio de subsidiariedad – interés superior del niño – derecho de identidad – derecho a ser oído – consentimiento – preferencia de familia matrimonial – preferencia de la adopción nacional

#### **LEGISLACIÓN APLICABLE**

Artículos 1 y 12 N° 1 y 15 inciso 2° de la Ley 19.620; artículo 226 Código Civil; artículo 42 N° 3 Ley N° 16.618; artículo 32 Ley N 19.968.

#### **HISTORIA PROCESAL**

##### **Primera Instancia**

Tribunal	Juzgado de Familia de Viña del Mar
Decisión	Acoge solicitud de susceptibilidad de adopción
Rol	A-74-2013
Fecha	14 de agosto de 2014

##### **Segunda Instancia**

Tribunal	Corte de Apelaciones de Valparaíso
Recurso	Apelación

Decisión	Confirma
Rol	567-2014 (Familia)
Fecha	24 de octubre de 2014

### **Corte Suprema**

Recurso	Casación en el fondo
Decisión	Acogido
Rol	30315-2014
Fecha	04 de junio de 2015

### **DOCTRINA**

SEGUNDO: Que la adopción es una institución del derecho de familia que la doctrina define como la relación jurídica entre adoptante y adoptado, que se constituye por sentencia judicial, cuyo objetivo es dar al segundo una familia que le proporcione afecto y los cuidados necesarios para la satisfacción de sus necesidades espirituales y materiales, todo en un marco de respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, cuando no pueda ser proporcionado por la familia de origen. Los principios que informan dicha institución y que está reglada en la Ley N° 19.620, sobre adopción, son los siguientes: de la subsidiaridad, del interés superior del adoptado, el derecho de identidad del adoptado, el derecho del niño a dar su opinión y a otorgar su consentimiento respecto de su adopción, y de preferencia de la familia matrimonial y de la adopción nacional.

El principio de la subsidiaridad de la adopción y de la prioridad de la familia biológica se encuentra recogido en el artículo 1 de la Ley N° 19.620, dado que establece lo siguiente: "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". Por lo tanto, solo cabe entregar a un niño en adopción cuando se acredite que su familia de origen no está en condiciones de darle el afecto y los cuidados para su bienestar en el orden espiritual y material; y es por ello que el juez, según lo dispone el inciso 2° del artículo 15, debe resolver acerca de la efectividad de los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la declaración de susceptibilidad de adopción, en

especial que no es posible disponer de otras medidas que permitan la permanencia del niño en su familia de origen y las ventajas que representa su entrega en adopción.

Por su parte, la Convención Internacional de los Derechos del Niño también consagra la primacía de la familia de origen, pues en el artículo 7.1 establece que el niño tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; en los artículos 8.1 y 9.1, respectivamente, consagra el compromiso que los Estados Partes asumieron en orden a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas, y a velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño; en el artículo 20.1 la adopción se contempla como una medida de protección tratándose de niños privados de su medio familiar, o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio; y en el artículo 21 la obligación de los Estados Partes de hacer todos los esfuerzos para brindar apoyo a las familias biológicas, de modo que sean capaces de mantener a sus hijos y así puedan desarrollarse en el medio familiar que los vio nacer, y en especial con sus padres.

QUINTO: Que de la lectura del motivo octavo de la sentencia de primera instancia, reproducido por la de segundo grado, se advierte que para fijar los hechos de la causa no se consideró, más bien se silenció el mérito que surge del informe a que se hace alusión precedentemente, que contiene un diagnóstico de carácter psicosocial practicado a la madre el cual es coetáneo a la data de la sentencia de primer grado, y que aborda aspectos relevantes para resolver la controversia, en los términos señalados en el fundamento 3º, en la medida que alude a sus características psicológicas y capacidad parental. Asimismo, porque sólo se analizó la prueba rendida concerniente a una época en que B.A.C.A. se encontraba interno en Conin Credes, esto es, durante el primer año de su vida, razón por la que se debe concluir que los sentenciadores del fondo conculcaron lo que dispone el artículo 32 de la Ley N° 19.968 y con ello, las otras normas que se denuncian vulneradas, al declarar que el niño B.A.C.A. es susceptible de ser adoptado.

**SENTENCIA DE REEMPLAZO:**

SEGUNDO: Que, en consecuencia, se puede colegir que no se ha configurado la causal establecida en el número 1 del artículo 12 de la Ley N° 19.620, en relación a lo que previenen los artículos 226 del Código Civil y 42 número 3 de la Ley N° 16.618, que autoriza declarar la susceptibilidad de adopción, porque la madre de B.A.C.A. solo no ha asumido en plenitud su rol, velando por su crianza, cuidado personal y educación, atendido únicamente a que sus

capacidades parentales no se han desarrollado totalmente, permaneciendo el niño interno por largo tiempo y las visitas han sido discontinuas, debido a los horarios en su lugar de trabajo; lo que se ha erigido, en consecuencia, como un impedimento para que se afiance el vínculo madre hijo. También en virtud de los episodios de negligencia, malos tratos y abandono que sufrió en su época de la niñez y adolescencia<sup>139</sup>.

Además, se debe considerar que concurren factores positivos, dado que se muestra motivada en el desempeño de la parentalidad, cuenta con una red de apoyo para la crianza del niño, y participa y adhiere a redes sociales formales que permiten concluir que un programa de fortalecimiento de sus habilidades parentales le dará los elementos necesarios para hacerse cargo de su hijo y satisfacer sus necesidades de orden espiritual y material en el seno de su familia de origen.

TERCERO: Que, en ese contexto, y teniendo además presente los principios que inspiran la institución de la adopción, en particular, que para la procedencia de la declaración de susceptibilidad es necesario que esté agotada la posibilidad que la familia biológica del niño pueda otorgarle los cuidados para satisfacer sus necesidades de todo orden, por lo que la adopción es la última opción. En el caso sublite no corresponde declarar que el niño está en condiciones de ser adoptado.

**MINISTROS** Sr. Ricardo Blanco H., Sra. Gloria Ana Chevesich R., Sr. Carlos Cerda F., y los Abogados Integrantes Sr. Carlos Pizarro W., y Sra. Leonor Etcheberry C.

**REDACTOR** Sra. Gloria Ana Chevesich R.

**FUENTE**

Westlaw: CL/JUR/3172/2015

---

<sup>139</sup> Sentencia de reemplazo: Primero: "...N.A.M. durante su niñez y adolescencia estuvo inserta en un entorno familiar disfuncional, con experiencia de patrones de negligencia, malos tratos, abandono y estuvo institucionalizada hasta los 16 años de edad, estando desprovista su historia vital de patrones de cuidado continuo, contención afectiva y emocional;..."

## FICHA N° 8

### SE RECHAZA CASACIÓN Y SUSCEPTIBILIDAD

#### MATERIA

Susceptibilidad de adopción.

#### REGLA

Para acceder a la declaración de susceptibilidad debe estar agotada la posibilidad que la familia de origen del niño pueda proporcionarle los cuidados necesarios, siendo la adopción la última alternativa.

#### SÍNTESIS DE LOS HECHOS

SENAME presenta acción de susceptibilidad de adopción sobre un niño con la oposición de la madre y tío paterno. Tribunal de primera instancia rechaza acción, la que es confirmada por la Corte de Apelaciones. El solicitante interpone recurso de casación en el fondo contra dicha sentencia de la Corte.

#### DESCRIPTORES

Susceptibilidad de adopción – interés superior del niño- derecho a la identidad

#### LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículo 3 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño; artículo 1, 12 y 15 incisos 2° y 3° de la Ley N° 19.620; artículo 1 del Reglamento de la Ley 19.620.

#### HISTORIA PROCESAL

##### Primera Instancia

Tribunal	Quinto Juzgado de Familia de Valdivia
Decisión	Rechaza solicitud de susceptibilidad de adopción
Rol	A-24-2013
Fecha	22 de julio de 2014



## **Segunda Instancia**

Tribunal	Corte de Apelaciones de Valdivia
Recurso	Apelación
Decisión	Confirma sentencia
Rol	Información reservada
Fecha	22 de octubre de 2014

## **Corte Suprema**

Recurso	Casación en el fondo
Decisión	Rechazado
Rol	29568-2014
Fecha	04 de junio de 2015

## **DOCTRINA**

SEXTO: Que, como ha sostenido reiteradamente este tribunal, los hechos establecidos por los jueces del fondo resultan inamovibles en sede de casación, a menos que se denuncie y acredite la infracción de las leyes reguladoras de la prueba, lo que, en el ámbito del derecho de familia, implica la vulneración de las reglas y principios en que se sustenta la sana crítica, sistema de apreciación de la prueba consagrado en el artículo 32 de la ley 19.968.

A juicio del recurrente, la infracción del citado artículo 32 se produce en la medida que los jueces del fondo, se han desentendido de la prueba científica, que emana de los informes periciales, los que a través de premisas objetivas han alertado acerca de los factores de riesgo tangibles para el bienestar del niño, anteponiendo una defensa a ultranza de la vinculación biológica, respecto de personas que lo abandonaron y que poseen habilidades parentales mínimas. Entienden, es ese contexto, que también se habría vulnerado el artículo 15 de la ley 19.620, que obligaría a los sentenciadores a regirse por los informes que evacúan los órganos pertinentes.

No obstante, el examen de la sentencia refleja que los sentenciadores no han olvidado tales informes, ni actuado irracionalmente, sino que han dado mayor valor a aquellos que constatan la evolución experimentada por la madre del niño, a raíz del tratamiento a que se sometió para curarse de sus adicciones, del cual desprenden una voluntad de cambio que permite pensar que, con el apoyo necesario, podrá hacerse cargo progresivamente de su hijo. La existencia de una relación estable con su pareja actual, así como el involucramiento del tío paterno, son factores que inciden en su convicción. Con respecto al “hecho objetivo del abandono” alegado por el recurrente, es cierto que los jueces ponderaron la situación de adicción de la madre y su proceso de adaptación al tratamiento, entendiendo que la ausencia de visitas al niño en su periodo de internación, encontraban una justificación atendible. En sus razonamientos, integran el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 1° de la ley de adopción, el que vinculan al derecho a la identidad del niño. Lo anterior, pone de manifiesto que los jueces han hecho uso de su facultad privativa para ponderar la prueba y que han adquirido una determinada convicción que es racional y coherente con los principios antes señalados que inspiran la institución de la adopción; cosa distinta es que el recurrente, quien persigue la declaración de susceptibilidad, tenga una perspectiva diversa y estime que debe privilegiarse los informes que se refieren al descuido o negligencia de los padres, lo que no configura el yerro que se denuncia y debe asumirse como una legítima discrepancia. Desde luego, el mismo artículo 15 de la ley 19.620, cuya infracción alega el recurrente, se encarga de aclarar que es el juez del fondo quien decide libremente el valor que le da a los informes, al señalar en su inciso tercero que “Los informes que se evacúen y rindan al respecto deberán solicitarse a alguno de los organismos a que se refiere el artículo 6°, pudiendo el tribunal estimar suficientemente acreditadas dichas circunstancias sobre su sólo mérito”.

**VOTO EN CONTRA: MINISTRA SRA. ANDREA MUÑOZ Y ABOGADA INTEGRANTE SRA. LEONOR ETCHEBERRY**

Fueron de opinión de acoger el recurso, por considerar que efectivamente se incurrió en un error de derecho al interpretar el artículo 12 y N° 1 y 2 de la ley de adopción, ya que los hechos establecidos dan cuenta de la inhabilidad de los padres, sin que la evolución experimentada por la madre en el último tiempo sea suficiente para desvirtuarla. Desde esta perspectiva, a su juicio, los sentenciadores sí han contravenido conocimientos científicamente afianzados que constatan la inhabilidad de los padres, porque han privilegiado otros antecedentes sobre la base de una premisa voluntarista, que ve en la familia, por el solo hecho de existir, una realidad positiva, en circunstancias que se acreditaron hechos concretos de abandono y negligencia que han dañado al niño. En opinión de las disidentes, si hubieran aplicado las normas correctamente, tendrían que haber dado lugar a la susceptibilidad, porque el principio del

interés superior del niño, en este caso concreto, indicaba que la familia biológica no está en condiciones de procurarle los cuidados y protección que necesita.

**MINISTROS** Sr. Ricardo Blanco H., Sras. Gloria Ana Chevesich R.,  
Andrea Muñoz S., Sr. Carlos Cerda F., y la Abogada  
Integrante Sra. Leonor Etcheberry C.

**REDACTOR** Sra. Andrea Muñoz Sánchez.

**FUENTE**

Westlaw: CL/JUR/3074/2015

**FICHA N° 9**

**SE RECHAZA CASACIÓN Y SUSCEPTIBILIDAD**

**MATERIA**

Susceptibilidad de adopción

**REGLA**

Para dar lugar a la susceptibilidad de adopción deben haberse agotado los esfuerzos para permitir la permanencia de los niños junto la familia de origen (artículo 15 Ley N° 19.620).

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS**

SENAME solicita se declaren susceptibles de ser adoptados dos niños, disponiéndose que deberán ser adoptados por los mismos solicitantes, para velar por el cumplimiento del principio de no separación de los hermanos. Se alzarón los oponentes (la familia) y el curador ad litem, y la Corte de Apelaciones revocó el fallo apelado y rechazó la solicitud. Se deduce recurso de casación en contra de dicha resolución.

**DESCRIPTORES**

Susceptibilidad de adopción – principio de no separación de los hermanos

## **LEGISLACIÓN APLICABLE**

Artículos 12 y 15 de la Ley 19.620; y 42 de la Ley 16.618

## **HISTORIA PROCESAL**

### **Primera Instancia**

Tribunal	Juzgado de Familia de Vallenar
Decisión	Acoge solicitud de susceptibilidad de adopción
Rol	A-9-2013
Fecha	24 de mayo de 2014

### **Segunda Instancia**

Tribunal	Corte de Apelaciones de Copiapó
Recurso	Apelación
Decisión	Revoca sentencia y rechaza solicitud
Rol	55-2014 (Familia)
Fecha	19 de noviembre de 2014

### **Corte Suprema**

Recurso	Casación en el fondo
Decisión	Rechazado
Rol	31901-2014
Fecha	04 de agosto de 2015

## **DOCTRINA**

SEXTO: Que, al no poder modificarse los hechos asentados en el juicio, resulta inconducente pronunciarse sobre la supuesta infracción del artículo 12 N° 1 de la ley 19.620, en relación al

artículo 42 de la ley 16.618, puesto que la aplicación de dichas normas supone una situación fáctica que no es la establecida en autos.

Con todo, valga aclarar que cuando los jueces del fondo han establecido que no se configura una inhabilidad "grave y permanente" que justifique la declaración de susceptibilidad de adopción, no agregan ningún elemento ajeno a tales normas, ya que la inhabilidad, en sí misma, es una falta de capacidad o disposición para ejercer los deberes u obligaciones que impone la paternidad/maternidad, condición que se manifiesta en determinadas conductas o comportamientos que están previstos en la ley y que corresponde al juez calificar. No es extraño entonces que para que el juez determine si existe tal incapacidad o inhabilidad, que es el supuesto de una declaración de susceptibilidad de adopción, tenga presente y lo haga explícito los principios que inspiran la institución sobre la base de ello, exija que la conducta juzgada tenga la entidad necesaria para configurar aquella falta de habilidad.

**MINISTROS** Sr. Ricardo Blanco H., Sras. Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., Sr. Carlos Cerda F., y el Abogado Integrante Sr. Jean Pierre Matus A.

**REDACTOR** Sra. Andrea Muñoz S.

**FUENTE**

Westlaw: CL/JUR/4411/2015

**FICHA N° 10**

**SE RECHAZA CASACIÓN Y SE ACOGE SUSCEPTIBILIDAD**

**MATERIA**

Susceptibilidad de adopción.

**REGLA**

La Convención de los Derechos del Niño obliga a toda autoridad a sujetar sus decisiones a la primordial consideración del interés superior del niño.

## **SÍNTESIS DE LOS HECHOS**

SENAME presenta acción de susceptibilidad de adopción sobre un niño con la oposición de la madre. Tribunal de primera instancia rechaza acción, la que es revocada por la Corte de Apelaciones. Madre de niño interpone recurso de casación en el fondo contra dicha sentencia de la Corte.

## **DESCRIPTORES**

Susceptibilidad de adopción – interés superior del niño

## **LEGISLACIÓN APLICABLE**

Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño

## **HISTORIA PROCESAL**

### **Primera Instancia**

Tribunal	Segundo Juzgado de Familia de Santiago
Decisión	Rechaza solicitud de susceptibilidad de adopción
Rol	A-35-2013
Fecha	03 de junio de 2014

### **Segunda Instancia**

Tribunal	Corte de Apelaciones de Santiago
Recurso	Apelación
Decisión	Revoca sentencia y acoge solicitud
Rol	1465-2014 (Familia)
Fecha	07 de noviembre de 2014

### **Corte Suprema**

Recurso	Casación en el fondo
---------	----------------------

Decisión	Rechazado
Rol	32058-2014
Fecha	05 de agosto de 2015

## **DOCTRINA**

SÉPTIMO: El tema de la contradicción viene dicho en los siguientes términos: al haber señalado los jueces, en el considerando tercero de su resolución, que “si bien no hay una declaración de los informes técnicos que inhabiliten absolutamente a la madre...”, provocaron “una contradicción lógica con lo manifestado posteriormente al tomar la decisión de revocar la sentencia de primera instancia”. No hay más.

En el parecer de estos decidores existe perfecta compatibilidad entre el argumento y la opinión, por cuanto es del todo plausible que, aunque una progenitora no se encuentre afectada a una situación enteramente inhabilitadora, carezca de las habilidades que se califique como indispensables para satisfacer los trascendentes requerimientos de la progresión del niño hacia un futuro de madurez que permita avizorar una personalidad adulta individual y socialmente autosuficiente.

NOVENO: Restaría hacerse cargo del vicio tocante al artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, que obliga a toda autoridad a sujetar sus decisiones a la primordial consideración del interés superior del niño.

Como ese concepto no se encuentra definido en el ordenamiento jurídico internacional ni nacional, muy difícil se hace descalificar el parecer vertido en este orden de materias, por un órgano de la jurisdicción.

Hoy y mañana no es posible perfilar en términos absolutos lo que haya de entenderse, en una circunstancialidad fáctica determinada, como superior interés del niño cuyos rasgos de personalidad se presentan, a estas alturas de su evolución, mayormente condicionados por factores externos, entre los cuales el de la presencia holística de sus progenitores, ciertamente el de mayor influencia, de acuerdo a máximas de experiencia y científicas.

Sigue la impertinencia del control excepcional de casación respecto de un concepto jurídico tan abierto como el mentado "interés superior del niño", únicamente vulnerable a las irracionalidades en que incurriese, eventualmente, una inaceptable justificación en punto a su casuística aplicación.

DÉCIMO: (...) Se previene que la Ministra señora Muñoz, en relación a lo expresado sobre el interés superior del niño, no obstante concordar con que no es posible señalar en términos absolutos cual es su significado, ya que depende de la circunstancialidad fáctica, estima que no puede obviarse la existencia del marco general que entiende este principio como un orientador a la plena satisfacción de los derechos fundamentales del niño. En este contexto, las últimas reformas introducidas al Código Civil entregan ciertos parámetros objetivos que debieran ser útiles para controlar, incluso en sede de casación, si resulta pertinente, la adecuada aplicación del principio al caso concreto, en la medida que el establecimiento de los hechos lo permita.

**MINISTROS** Sr. Ricardo Blanco H., Sras. Gloria Ana Chevesich R.,  
Andrea Muñoz S., Sr. Carlos Cerda F., y el Abogado  
Integrante Sr. Jean Pierre Matus A.

**REDACTOR** Sr. Carlos Cerda F.

**FUENTE**

Westlaw: CL/JUR/4443/2015

**FICHA N° 11**

**SE ACOGE CASACIÓN Y SUSCEPTIBILIDAD**

**MATERIA**

Susceptibilidad de adopción.

**REGLA**

Se debe velar porque el niño o niña se desarrolle en el seno de una familia que le brinde afecto y procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales.

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS**

Hogar de Niñas solicita la declaración de susceptibilidad de adopción de una niña, la que es acogida por el Tribunal de primera instancia. Se alzó la madre de la niña contra dicha



resolución, la cual es revocada por la Corte de Apelaciones. En contra de dicho fallo, la parte requirente deduce recurso de casación en el fondo.

#### **DESCRIPTORES**

Susceptibilidad de adopción – derecho a la vida familiar – interés superior del niño

#### **LEGISLACIÓN APLICABLE**

Artículos 1 y 12 N° 1 de la Ley 19.620; 226 del Código Civil; y 42 N° 3 de la Ley 16.618

#### **HISTORIA PROCESAL**

##### **Primera Instancia**

Tribunal	Primer Juzgado de Familia de Santiago
Decisión	Acoge solicitud de susceptibilidad de adopción
Rol	A-82-2013
Fecha	8 de agosto de 2014

##### **Segunda Instancia**

Tribunal	Corte de Apelaciones de Santiago
Recurso	Apelación
Decisión	Revoca sentencia y rechaza solicitud
Rol	1919-2014 (Familia)
Fecha	7 de noviembre de 2014

##### **Corte Suprema**

Recurso	Casación en el fondo
Decisión	Acogido
Rol	31946-2014

**DOCTRINA****SENTENCIA DE REEMPLAZO:**

Que las argumentaciones vertidas en el escrito de apelación no logran desvirtuar lo que viene decidido, desde que éstas se limitan a destacar la necesidad de vinculación de la niña con su madre y los esfuerzos de ésta por propender a mejores condiciones habitacionales, aspectos que no fueron desconocidos por la sentenciadora del grado al momento de adoptar su decisión, además de tales circunstancias, se ponderaron en detalle los informes aportados al proceso y de los cuales surgía palmariamente la falta de idoneidad de la progenitora para asumir el cuidado de su hija, la evidente ausencia de su parte de una conducta tendiente a intentar adquirir las habilidades parentales mínimas requeridas para el cuidado personal de su hija pese al largo tiempo que ha permanecido ésta bajo internación, todo lo cual llevó a acoger la solicitud planteada, teniendo en cuenta el interés superior de la niña y la necesidad de ésta de desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales.

**VOTO EN CONTRA: MINISTRO SR. BLANCO**

SEGUNDO: Que, de la disposición trascrita, se desprende uno de los principios fundamentales de la institución en estudio, cual es el de la subsidiariedad de la adopción y de la prioridad de la familia biológica, en estricta relación con el derecho a la identidad del niño. En efecto, el legislador ha manifestado preferencia por la familia de origen y la consideración de la adopción no como una forma alternativa de filiación, sino de carácter subsidiario. En estrecha concordancia con lo anterior, el artículo 15 de la referida normativa, dispone que debe hacerse todo lo posible para conseguir que el niño conserve su familia de origen, de modo que la resolución judicial que declare al niño en estado o vía de ser adoptado debe dictarse cuando previamente se haya establecido "la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor en la familia de origen".

TERCERO: Que, en este sentido, el artículo 8° del Reglamento de la Ley de Adopción reitera este principio al disponer que los programas de adopción, en lo referido a la orientación y apoyo a la familia de origen, deben tener como objetivo fundamental constatar si ésta podría procurarle los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales. Así, el carácter o naturaleza subsidiaria de la adopción determina que sólo puede materializarse ante la inexistencia jurídica de la familia biológica nuclear o extensa, o si, estando ésta

determinada, se encuentra impedida de contener en su interior al menor y de proporcionarle las condiciones para su desarrollo, o cuando el grupo familiar rechaza al niño o los padres no asumen sus funciones y responsabilidades filiales, pues como lo ha sostenido la doctrina en tales casos es el propio interés superior del niño el que clama porque se le inserte en un grupo familiar subsidiario.

CUATRO: Que, de este modo, y desde la perspectiva del carácter subsidiario de la adopción, es absolutamente necesario considerar que la niña puede ser acogida por su madre, la que ha manifestado su interés y ha demostrado tener las habilidades parentales y materiales para hacerse cargo de ella, como lo ha hecho con sus otros hijos que se encuentran bajo su cuidado, pese a la existencia de medidas de protección a favor de éstos.

QUINTO: Que en estrecha relación y armonía con lo anterior, se encuentra el interés superior del niño principio rector en materia de familia conforme al cual no puede obviarse la posibilidad que la niña encuentre la protección y el afecto, del que hasta ahora no han podido gozar en plenitud junto con su madre.

**MINISTROS**

Sr. Ricardo Blanco H., Sra. Andrea Muñoz S., Sr. Carlos Cerda F., y los Abogados Integrantes Sr. Álvaro Quintanilla P., y Sra. Leonor Etcheberry C.

**REDACTOR**

Sr. Álvaro Quintanilla P. y del voto su autor.

**FUENTE**

Westlaw: CL/JUR/3812/2015

## FICHA N° 12

### SE RECHAZA CASACIÓN Y SE ACOGE SUSCEPTIBILIDAD

#### MATERIA

Susceptibilidad de adopción.

#### REGLA

Se resguarda el interés superior de la niña, pues la filiación adoptiva le permitirá incorporarse a una familia que le proporcione afecto, protección y la estimulación que necesita por sus características propias.

#### SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Se solicita la declaración de susceptibilidad de adopción de una niña, la que es acogida por el Tribunal de primera instancia y confirmada por la Corte de Apelaciones. La parte requerida interpone recurso de casación en el fondo.

#### DESCRIPTORES

Susceptibilidad de adopción

#### LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículo 1 de la Ley 19.620

#### HISTORIA PROCESAL

##### Primera Instancia

Tribunal	Juzgado de Familia de La Serena
Decisión	Acoge solicitud de susceptibilidad de adopción
Rol	A-49-2013
Fecha	11 de noviembre de 2014

## **Segunda Instancia**

Tribunal	Corte de Apelaciones de La Serena
Recurso	Apelación
Decisión	Confirma
Rol	213-2014 (Familia)
Fecha	11 de marzo de 2015

## **Corte Suprema**

Recurso	Casación en el fondo
Decisión	Rechazado
Rol	5138-2015
Fecha	15 de diciembre de 2015

## **DOCTRINA**

TERCERO: Que los sentenciadores del fondo, sobre la base de dichos presupuestos fácticos, concluyeron, en primer lugar, que el padre de Y. no ha desempeñado su rol, en los términos previstos en la ley, durante todo el tiempo que su hija ha permanecido internada, conformándose con la situación que enfrenta, lo que aparentemente le acomoda, dejando que sea un tercero, esto es, el hogar, que se haga cargo de su cuidado personal y educación, por lo que, a su respecto, concurre la causal prevista en el artículo 12 N° 1 de la ley N° 19.620. En segundo lugar, que la madre no cuenta con las habilidades que le permitan hacerse cargo de los cuidados de su hija, porque su permanente situación de exposición a riesgos de todo orden, derivada principalmente del entorno de privación sociocultural en que fue criada, constituye una inhabilidad moral para asumir la crianza, por lo que también se configuró la causal invocada para que se declare que la niña es susceptible de adopción. Y, en tercer lugar, que la abuela materna no cuenta con las competencias para hacerse cargo de la niña, sobre todo, que no pudo erigirse en figura de autoridad frente a sus dos hijas, las que pueden incurrir en conductas que pongan en riesgo material o moral a la niña Y; razón por la que no es posible mantenerla en su familia de origen.

Además, si bien concuerdan que ha habido una falta de respuesta estatal a las necesidades de apoyo e intervención a la madre, que tengan especial consideración sus distintas capacidades, dado que se reconoció la inexistencia de un programa que reúna las características de especialidad y trabajo a largo plazo que se requeriría para lograr eventualmente la habilitación de la madre, concluyen que esa carencia de respuesta estatal a la situación particular de un adulto no puede implicar que se condene a una niña de dos años a sufrir una prolongada institucionalización a la espera incierta, incluso improbable, de que su madre llegue en el largo plazo a adquirir competencias mínimas para asumir sus cuidados; sin perjuicio de que, además, también el grupo familiar requeriría de un apoyo permanente, porque por sus características psicológicas no logran internalizar patrones favorables al desarrollo de la niña.

En definitiva, coligen que es conveniente declarar que la niña es susceptible de ser adoptada dadas las ventajas que la filiación adoptiva le proporcionará, porque le permitirá integrarse a un grupo familiar y contar con figuras parentales acogedoras, contenedoras y que entreguen protección y estimulación apropiadas a sus características propias, pues la niña cuenta con indicadores de un cierto retraso en su desarrollo psicomotor que requieren de una especial dedicación, lo que su madre y familia extensa no han podido aportarle, y así desarrollarse en un ambiente de mayor estimulación y afecto, y establecer relaciones de apego significativas que redundarán en un adecuado desarrollo psicoafectivo, velando de este modo por su interés superior.

CUARTO: Que, en consecuencia, como puede advertirse lo que motivó la decisión que se impugna es la conducta indolente de la madre respecto de su hija, su comportamiento, calificado de altamente irresponsable, como también la presencia en el entorno de la familia materna de un contexto de privación sociocultural y tolerancia a modelos de abandono y abuso; conclusión a la que se arribó teniendo en consideración los hechos que se acreditaron con la prueba rendida en la audiencia de juicio, que no fueron materia de impugnación en el recurso que se analiza. Por lo tanto, no fue su especial y distinta capacidad, esto es, su déficit intelectual leve, lo que condujo a la decisión que se refuta, como se sostiene por la parte recurrente para acusar una suerte de discriminación en que habrían incurrido los jueces del fondo; razón por la que se debe inferir que como dicha condición personal no fue determinante en la decisión adoptada, sino que resguardar el interés superior de la niña pues la filiación adoptiva le permitirá incorporarse a una familia que le proporcione afecto, protección y la estimulación que necesita por sus características propias, el recurso no puede prosperar.

**VOTO EN CONTRA: MINISTROS SR. BLANCO Y SRA. CHEVESICH.**

PRIMERO: Que, conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley N° 19.620, la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando no puede ser proporcionado por su familia de origen; razón por la que se puede concluir que los principios esenciales que la informa son el de la "subsidiariedad" y el de la "prioridad de la familia biológica". Así lo señala expresamente el artículo 15 de la citada ley, pues dispone que debe hacerse todo lo posible para conseguir que el niño conserve su familia de origen biológica o extensa, por lo que la resolución judicial que lo declare en estado o vía de ser adoptado debe dictarse una vez que se haya establecido que es imposible disponer de otras medidas para mantenerlo en ella.

SEGUNDO: Que, por su parte, los artículos 6, número 2, y 7, número 1, de la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, prescriben que los Estados Partes deben tomar todas las medidas necesarias para asegurar a las mujeres con discapacidad el pleno desarrollo, adelanto y potenciación, con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales que establece, y a los niños y niñas en iguales condiciones el goce pleno de dichos derechos y libertades, entre ellos, los que señala el artículo 23, números 2 y 4, que ordena garantizar los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, tutela, guarda, adopción de niños o instituciones similares, velándose al máximo por el interés superior del niño, debiendo prestárseles la asistencia apropiada para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos; y que los niños y niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo que sea necesaria en el interés superior del niño, pero en ningún caso podrá ser en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos. La citada normativa internacional se encuentra incorporada en la legislación nacional, concretamente en el artículo 9 de la Ley N° 20.422.

**MINISTROS** Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Ricardo Blanco H., Sras. Gloria Ana Chevesich R., y Andrea Muñoz S.

**REDACTOR** Sra. Gloria Ana Chevesich R.

**FUENTE**

Westlaw: CL/JUR/7771/2015

## FICHA N° 13

### SE ACOGE CASACIÓN Y SE RECHAZA SUSCEPTIBILIDAD

#### MATERIA

Susceptibilidad de adopción.

#### REGLA

Los principios que informan la adopción, que está reglada en la Ley N° 19.620, son los siguientes: de la subsidiaridad, del interés superior del adoptado, el derecho de identidad del adoptado, el derecho del niño a dar su opinión y a otorgar su consentimiento respecto de su adopción, y de preferencia de la familia matrimonial y de la adopción nacional. El de la prioridad de la familia biológica es el principio rector, que se relaciona estrechamente con el derecho a la identidad del niño, pues el legislador evidencia manifiesta preferencia por la familia de origen y la consideración de la adopción no como una forma alternativa de filiación, sino subsidiaria.

#### SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Madre y su pareja solicitan la declaración de susceptibilidad de adopción sobre adolescente con la oposición del padre biológico. Tribunal de primera instancia rechaza la solicitud, ante lo cual se alzaron los solicitantes y el SENAME, institución que se hizo parte, solicitando la revocación del fallo de primer grado. La Corte de Apelaciones revocó la sentencia apelada y declaró en su lugar que el adolescente es susceptible de ser adoptado. En contra de dicho fallo, el oponente dedujo recurso de casación en el fondo.

#### DESCRIPTORES

Susceptibilidad de adopción – principios – principio de subsidiariedad – interés superior del niño – derecho a la identidad – derecho a dar su opinión – consentimiento – preferencia de la familia matrimonial – preferencia de la adopción nacional – voto en contra – autonomía progresiva

#### LEGISLACIÓN APLICABLE

Artículos 12 N° 1 de la Ley 19.620; 226 del Código Civil; y 42 N° 3 de la Ley 16.618



## **HISTORIA PROCESAL**

### **Primera Instancia**

Tribunal	Juzgado de Familia de Puerto Montt
Decisión	Rechaza solicitud de susceptibilidad de adopción
Rol	A-19-2014
Fecha	6 de diciembre de 2014

### **Segunda Instancia**

Tribunal	Corte de Apelaciones de Puerto Montt
Recurso	Apelación
Decisión	Revoca sentencia y acoge solicitud
Rol	1-2015 (Familia)
Fecha	15 de abril de 2015

### **Corte Suprema**

Recurso	Casación en el fondo
Decisión	Acogido
Rol	6904-2015
Fecha	15 de diciembre de 2015

## **DOCTRINA**

CUARTO: Que, conforme ya se ha expresado por esta Corte, es conveniente recordar que la adopción es una institución del derecho de familia que la doctrina define como la relación jurídica entre adoptante y adoptado, que se constituye por sentencia judicial, cuyo objetivo es dar al segundo una familia que le proporcione afecto y los cuidados necesarios para la satisfacción de sus necesidades espirituales y materiales, todo en un marco de respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y cuando no pueda ser

proporcionado por la familia de origen. Los principios que informan dicha institución y que está reglada en la Ley N° 19.620, sobre adopción, son los siguientes: de la subsidiaridad, del interés superior del adoptado, el derecho de identidad del adoptado, el derecho del niño a dar su opinión y a otorgar su consentimiento respecto de su adopción, y de preferencia de la familia matrimonial y de la adopción nacional.

QUINTO: Que los principios de la subsidiaridad de la adopción y de la prioridad de la familia biológica se encuentran consagrados en el artículo 1° de la Ley N° 19.620, al establecer que: "La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen".

De lo anterior fluye que la adopción procede perfilándose de manera evidente como un instituto de última ratio en el caso que la familia de origen de un niño no se encuentre en condiciones de darle el afecto y los cuidados para su bienestar en el orden espiritual y material, por lo que conforme se dispone en el inciso 2° del artículo 15, para resolver una solicitud de declaración de susceptibilidad debe acreditarse fundadamente la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del niño en su familia de origen y las ventajas que representa su entrega en adopción.

SEXTO: Que, de este modo, es palmario que la finalidad de la institución legal de la adopción, en cuanto fuente de filiación, se centra principalmente en el beneficio del niño que va a ser adoptado más allá del de los adoptantes, pues lo que se pretende es proporcionarle a éste una familia que lo proteja y le brinde las condiciones para su adecuado desarrollo, como hijo de éstos, al no haber podido contar con su familia biológica.

De ello también se sigue, como principio rector de la adopción, el de la prioridad de la familia biológica, que se relaciona estrechamente con el derecho a la identidad del niño, pues el legislador evidencia manifiesta preferencia por la familia de origen y la consideración de la adopción no como una forma alternativa de filiación, sino subsidiaria.

Por lo demás, así fluye de lo expresado en la Convención Internacional de los Derechos del Niño que en su artículo 7.1 establece que éste tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; a su vez, en los artículos 8.1 y 9.1, respectivamente, se consagra el compromiso que los Estados Partes asumieron en orden a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas, y a velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las

autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria con miras al interés superior del niño; en el artículo 20.1 la adopción se contempla como una medida de protección tratándose de niños privados de su medio familiar, o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio; y en el artículo 21 la obligación de los Estados Partes de hacer todos los esfuerzos para brindar apoyo a las familias biológicas, de modo que sean capaces de mantener a sus hijos y así puedan desarrollarse en el medio familiar que los vio nacer, y en especial con sus padres. Refuerza dicha postura lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley de Adopción, que indica que debe hacerse todo lo posible para conseguir que el niño conserve su familia de origen, de modo que la resolución judicial que lo declare en estado o vía de ser adoptado debe dictarse cuando previamente se haya establecido "la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor en la familia de origen".

SÉPTIMO: Que, en este mismo sentido, el artículo 8° del Reglamento de la Ley de Adopción, a propósito de los programas de adopción, en lo referido a la orientación y apoyo a la familia de origen, señala que deben tener como objetivo fundamental constatar si ésta puede procurarle los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales. Así, el carácter o naturaleza subsidiaria de la adopción, determina que el referido instituto sólo puede materializarse ante la inexistencia jurídica de la familia biológica nuclear o extensa, o si estando determinada se encuentra impedida de contener en su interior al niño y de proporcionarle las condiciones para su desarrollo, o cuando el grupo familiar lo rechaza o los padres no asumen sus funciones y responsabilidades filiales.

DÉCIMO TERCERO: Que en lo que dice relación con el segundo y tercer capítulo del recurso y sin perjuicio de la conclusión arribada, cabe que señalar que, a juicio de esta Corte, y conforme a lo indicado con precedencia, se vulnera en la sentencia impugnada el tenor de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 19.620, como los artículos 8 y 9 N° 1 de la Convención del Derechos del Niño.

Como ya se ha expresado, en nuestro sistema jurídico la adopción es una institución que encuentra su sustento en el principio rector del derecho de familia adecuado al interés superior del niño. En efecto, correspondiendo la adopción a una ficción legal por la que se considera como hijo a quien no lo es, debe centrarse en el beneficio del adoptado más que en el de los adoptantes, pero sólo en la hipótesis en que aquél no le pueda ser proporcionado por la familia de origen, lo que se reconduce a los principios basales de este instituto denominados de la subsidiariedad y de la prioridad de la familia biológica.

Lo anterior, significa que la declaración de susceptibilidad de adopción, en cuanto acto jurídico procesal que se inserta en el contexto de un procedimiento de constitución de la filiación adoptiva, sólo procede como respuesta jurisdiccional que, dado el carácter definitivo e irreversible del estado civil que estatuye, debe resolverse con el compromiso de otorgar prioridad y preeminencia a la familia de origen en la decisión a la cual se arribe y sólo en el caso que falte aquella; por ello, para configurar la procedencia de la adopción no basta sólo acreditar que el niño no puede contar con alguno de sus padres biológicos para la satisfacción de su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y los cuidados que necesita, sino que es menester probar la imposibilidad de garantizar los derechos del adoptado manteniendo la vinculación e identidad con su familia biológica amplia. En efecto, el concepto de familia con el cual se compromete el legislador no se limita en caso alguno a la sola familia nuclear padre y madre, sino a la familia extensa. Según se advierte de la sentencia impugnada aparece que la indagación efectuada en este proceso se focalizó exclusivamente respecto al padre de la adolescente, omitiendo y pasando por alto toda referencia a su vinculación con la familia extensa paterna, cuyos miembros han participado en la etapa probatoria de este juicio, manifestando su interés en vincularse con el adolescente, lo que no ha sido debidamente considerado ni evaluado a la luz del interés superior del niño, infringiendo de este modo la normativa en referencia.

DÉCIMO CUARTO: Que, por otro lado, también se constata la vulneración de las normas señaladas en los capítulos que se vienen analizando, por cuanto la sentencia conculca los principios que consagran los artículos 8 y 9 N° 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que respectivamente consagran el derecho a la identidad del niño, y reafirma el carácter subsidiario de la adopción, que se consolida como una herramienta procesal de última ratio.

Efectivamente, se sanciona por medio de este instrumento internacional el derecho del niño a preservar su identidad, concepto que incluye expresamente: la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, y exige que una medida grave como la adopción, en cuanto separa y desune legalmente a un hijo de alguno de sus padres, sólo proceda ante la imposibilidad cierta de disponer de otras medidas que conservando la vinculación con la familia de origen en relación con el principio de preeminencia biológica o natural, garanticen y salvaguarden su interés superior.

Conforme se advierte de la lectura de la sentencia recurrida, no hace referencia alguna a la inexistencia de posibilidades diversas a la adopción que configuren la situación de extremo o última ratio que justifique realizar un proceso de esta naturaleza, omitiendo toda argumentación relativa a la exploración de mecanismos alternativos a ella, que hagan necesaria como último recurso la filiación adoptiva, infringiendo así, los referidos artículos 8

y 9 N° 1 de la Convención de Derechos del Niño, pues al soslayarse su naturaleza subsidiaria, enfocando el beneficio del adolescente sin considerar principios que integran su interés superior, como el de la prioridad de la familia biológica y su derecho a la identidad familiar, vulnera el sentido del estatuto de filiación adoptiva.

Así, esta Corte, reafirma que la institución de la adopción es de indudable naturaleza de última razón, lo que significa que en el orden administrativo y judicial es menester agotar todos los esfuerzos antes de adoptar una decisión que se traduzca en el divorcio filiativo del padre respecto de su hijo de manera definitiva e irreversible, lo que en la especie, no se vislumbra, sino que por el contrario se asume una decisión en contradicción con los principios referidos, obviando elementos fácticos que demuestran no sólo la falta de acreditación de la inhabilidad del padre conforme a lo dispuesto en el artículo 12 N° 1 de la Ley N° 19.620, sino que la establecen, no obstante manifestarse la voluntad del recurrente y su familia extensa de relacionarse de modo efectivo con el adolescente.

**VOTO EN CONTRA: MINISTRA SRA. MUÑOZ**

TERCERO: Que es esa clase de ponderación, efectuada libremente por los sentenciadores, la que les permite configurar la existencia de los supuestos para aplicar los principios establecidos en el artículo 1° de la ley de adopción, que también se denuncia como infringido. En efecto, en conformidad a dicho precepto, "la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado y amparar su derecho a vivir y a desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen." La subsidiariedad de la adopción a que alude la norma, y que es alegada por la recurrente, supone hacer una evaluación de la situación concreta del adolescente en cuestión, a la luz de su interés superior, de manera que si los sentenciadores han estimado, como ocurre en la especie, que los cuidados tendientes a alcanzar el pleno desarrollo de éste, no pueden ser proporcionados por su familia paterna, no existe el yerro denunciado, desde que prima su derecho a vivir y a desarrollarse en el seno de una familia que les brinde afecto y les permita satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, como lo ha hecho al alero del solicitante. Así, el derecho a vivir con su familia de origen pasa porque ello no afecte el interés superior del niño, cuestión que los sentenciadores deben ponderar proyectando también cómo será su vida a futuro, de mantenerse el mismo estado de cosas, lo que no es materia propia de un recurso como el de la especie.

CUARTO: Que resulta de especial importancia para esta disidente, la consideración del principio de autonomía progresiva del menor consagrado en la Convención de los Derechos

del Niño, que se asienta en la idea de que la facultad del niño para ejercer sus derechos autónomamente se va haciendo cada vez más amplia a medida que sus competencias se desarrollan, lo que implica que el deber de los padres de impartir orientación y directrices adecuadas para el ejercicio de tales derechos, va variando conforme evolucionan las facultades del menor, debiendo evitarse que en nombre de la representación de sus derechos se le prive de la posibilidad de intervenir efectivamente en la configuración de su vida. En la especie, el adolescente que es objeto de estos autos manifestó claramente su deseo de ser adoptado por quien considera su verdadero padre, lo que teniendo en consideración su interés superior no debería ser desatendido.

QUINTO: Que, por último, la institución de la adopción no puede estimarse como una "medida grave", ni contraria al interés superior de los niños, por lo que con toda la importancia que merece el principio de subsidiaridad, debe procurarse darle la aplicación para la cual fue creada, que no es otra que permitirle a los niños y adolescentes vivir en una familia que les brinde el afecto y atención necesarios para alcanzar el pleno desarrollo de sus potencialidades materiales y espirituales.

**MINISTROS** Sres. Milton Juica A., Lamberto Cisternas R., Ricardo Blanco H., Sras. Gloria Ana Chevesich R., y Andrea Muñoz S.

**REDACTOR** Sr. Ricardo Blanco H.

**FUENTE**

Westlaw: CL/JUR/7895/2015

**FICHA N° 14**

**SE RECHAZA CASACIÓN Y SUSCEPTIBILIDAD**

**MATERIA**

Susceptibilidad de adopción.

**REGLA**

Los procesos de adopción, dentro de los cuales se incluye el trámite de la declaración de susceptibilidad de adopción, se rige por ciertos principios que presiden la actuación de los

órganos jurisdiccionales, destacando, entre ellos, el principio de la subsidiaridad de la adopción, el derecho de identidad del adoptado, y el principio de preferencia de la familia biológica o de origen.

### **SÍNTESIS DE LOS HECHOS**

SENAME solicita la declaración de susceptibilidad de adopción de niño, la cual fue acogida por el Tribunal de primera instancia. Se alzó contra dicha resolución la madre y el tío materno del niño, la que fue revocada por la Corte de Apelaciones. En contra de dicho pronunciamiento la parte solicitante dedujo recurso de casación en el fondo.

### **DESCRIPTORES**

Susceptibilidad de adopción – principios – principio de subsidiaridad – derecho de identidad – preferencia de la familia biológica – interés superior del niño

### **LEGISLACIÓN APLICABLE**

Artículos 12 N° 1 de la Ley 19.620; 226 del Código Civil; y 42 de la Ley 16.618.

### **HISTORIA PROCESAL**

#### **Primera Instancia**

Tribunal	Juzgado de Familia de Limache
Decisión	Acoge solicitud de susceptibilidad de adopción
Rol	A-12-2014
Fecha	28 de enero de 2015

#### **Segunda Instancia**

Tribunal	Corte de Apelaciones de Valparaíso
Recurso	Apelación
Decisión	Revoca fallo y rechaza solicitud
Rol	111-2015 (Familia)

Fecha 12 de junio de 2015

### **Corte Suprema**

Recurso Casación en el fondo

Decisión Rechazado

Rol 8246-2015

Fecha 17 de diciembre de 2015

### **DOCTRINA**

OCTAVO: Que tampoco debe olvidarse que los procesos de adopción, dentro de los cuales se incluye el trámite de la declaración de susceptibilidad de adopción, se rige por ciertos principios que presiden la actuación de los órganos jurisdiccionales, destacando, entre ellos, el principio de la subsidiaridad de la adopción, el derecho de identidad del adoptado, y el principio de preferencia de la familia biológica o de origen.

De lo anterior fluye que, siendo la adopción un orden jurídico subsidiario que se debe al interés superior del niño, se constituye como un instituto de última ratio, es decir, que sólo procede en el caso que la familia de origen de un niño no se encuentre en condiciones de darle el afecto y los cuidados necesarios para su bienestar en el orden espiritual y material. Ello se ve consagrado no solamente en la legislación interna de nuestro país, sino también en el orden internacional por medio, por ejemplo, del compromiso que asumió el Estado chileno al suscribir la Convención de los Derechos del Niño, de respetar su derecho a preservar su identidad, velar porque no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando se acredite que tal separación es necesaria en el interés superior del niño y de hacer todos los esfuerzos para brindar apoyo a las familias biológicas, a fin de que sean el lugar idóneo donde se puedan desarrollar física y espiritualmente.

Como fruto de lo anterior, la resolución judicial que declare a un niño como susceptible de ser adoptado debe dictarse solamente cuando, de manera previa, se establezca la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor en la familia de origen.

NOVENO: Que es justamente la circunstancia de excepción anteriormente señalada la que se ha descartado por los jueces del mérito, al establecer la existencia de elementos que permiten esperar una mejora de las aptitudes parentales de la madre para otorgar al niño el disfrute de



los elementos que, en este contexto, configuran su interés superior, decisión que aparece debidamente justificada en el contexto de lo racional, de la experiencia y del conocimiento científico universal, conforme el uso efectuado de sus facultades privativas como jueces de instancia para ponderar la prueba, en cuanto han adquirido una determinada convicción que es racional y coherente no sólo con los criterios probatorios, sino también con los principios que inspiran la institución de la adopción; cosa distinta es que el recurrente, quien persigue la declaración de susceptibilidad tenga una perspectiva diversa, lo que no configura el yerro que se denuncia, y debe asumirse como una legítima discrepancia pero no configurativa de un vicio de casación en el fondo.

**MINISTROS** Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Ricardo Blanco H., Sras. Gloria Ana Chevesich R., y Andrea Muñoz S.

**REDACTOR** Sr. Ricardo Blanco H.

**FUENTE**

Westlaw: CL/JUR/7918/2015

**FICHA N° 15**

**SE RECHAZA CASACIÓN Y SE ACOGE SUSCEPTIBILIDAD**

**MATERIA**

Susceptibilidad de adopción por integración.

**REGLA**

La estabilidad de la pareja no esta dada, necesariamente, por la existencia del matrimonio o de una convivencia matrimonial, debiendo dársele preeminencia al interés superior del niño, niña o adolescente.

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS**

Madre y su cónyuge solicitan la declaración de susceptibilidad de adopción de adolescente con la oposición del padre, que apeló la sentencia que acogió dicha solicitud. La Corte de

Apelaciones confirmó la sentencia. En contra de dicho pronunciamiento la misma parte dedujo recurso de casación en el fondo.

#### **DESCRIPTORES**

Susceptibilidad de adopción – interés superior del niño – autonomía progresiva – principio de subsidiariedad – prioridad de la familia biológica

#### **LEGISLACIÓN APLICABLE**

Artículos 1 y 12 N° 1 de la Ley 19.620; y 22 del Código Civil

#### **HISTORIA PROCESAL**

##### **Primera Instancia**

Tribunal	Segundo Juzgado de Familia de Santiago
Decisión	Acoge solicitud de susceptibilidad de adopción
Rol	A-96-2015
Fecha	3 de febrero de 2016

##### **Segunda Instancia**

Tribunal	Corte de Apelaciones de Santiago
Recurso	Apelación
Decisión	Confirma
Rol	532-2016 (Familia)
Fecha	31 de marzo de 2016

##### **Corte Suprema**

Recurso	Casación en el fondo
Decisión	Rechazado

Rol 25876-2016

Fecha 5 de octubre de 2016

## **DOCTRINA**

OCTAVO: Que el requisito de duración mínima de vida matrimonial, previsto en la norma transcrita respecto de quienes aspiran a adoptar un niño, niña o adolescente "desamparado", en conformidad a la ley actualmente vigente, responde, fundamentalmente, a la finalidad de que el hogar al cual se pretende incorporarlo tenga la estabilidad suficiente para procurarle los cuidados que éste no tuvo en su familia de origen y que satisfagan sus necesidades espirituales y materiales. Además, se dice, supone un tiempo razonable en que la pareja podrá haber comprobado que no podrá concebir descendencia de manera natural (Corral Talciani, Hernán, Adopción y Filiación Adoptiva, Editorial Jurídica, año 2002, pág. 197).

En consecuencia, si bien, en la especie, la vida matrimonial no alcanza a completar el tiempo previsto en la norma, al encontrarse acreditado que ésta ha sido precedida por una extensa convivencia de la pareja que supera ampliamente el plazo legal se cumple con la finalidad anotada, desde que esa circunstancia permite colegir que la unión de los solicitantes está dotada de la consistencia necesaria para satisfacer las necesidades de la adolescente y da garantías de estabilidad y seguridad para el goce de sus derechos. Ello, no sólo porque la convivencia tuvo una larga duración, sino, además, porque el hecho que dicha unión haya devenido, después de ese extenso período (9 años), en un matrimonio, supone la existencia de un compromiso y disposición mayor de ambos cónyuges, que permite proyectar la perdurabilidad del vínculo y elimina el temor de que no estén calificados para dar estabilidad a la adolescente.

Por otra parte, tratándose de una "adopción de integración", como se denomina aquella en que la niña/o o adolescente está desamparada sólo respecto de uno de sus progenitores, ya que el otro la mantiene a su cuidado y la ha insertado en el hogar que ha formado con su cónyuge, el que no obstante no ser el padre o madre biológico, la trata como tal, resulta acertado atender a la finalidad de la norma, ya que de esa manera se le otorga la posibilidad de sancionar jurídicamente dicha relación filial de hecho, lo que va en beneficio del interés de la adolescente.

NOVENO: Que, cabe agregar que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 22 del Código Civil, la interpretación de la norma en estudio obliga a examinar el contexto de la ley de adopción, para verificar la debida correspondencia y armonía entre todas sus partes. En tal sentido,

resulta útil establecer que la Ley 19.620, en el inciso final del artículo 22, prevé la posibilidad de que se otorgue la adopción si, después de iniciada la tramitación, ha sido declarada la separación judicial o el divorcio, siempre que convenga al interés superior del adoptado. En efecto, si se considera que la adopción puede prosperar aún en la hipótesis de que los solicitantes lleven una vida separada, e incluso una vez disuelto el vínculo, no se ve cómo podría limitarse la interpretación en la situación que nos ocupa, desde que pareciera que la estabilidad en aquellos casos no estaría dada, necesariamente, por la existencia del matrimonio o de una convivencia matrimonial, debiendo dársele preeminencia al interés superior del niño, niña o adolescente.

#### **VOTO EN CONTRA: MINISTRO SR. BLANCO**

PRIMERO: Que según dispone el artículo 1° de la Ley N° 19.620, la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando no puede ser proporcionado por su familia de origen.

SEGUNDO: Que, del tenor de la norma transcrita, surgen los principios esenciales que informan la institución en referencia, estos son, especialmente, el de "subsidiariedad" y el de "prioridad de la familia biológica". Por lo demás, tales elementos se encuentran reforzados con el mérito de lo dispuesto en el artículo 15 del referido cuerpo legal, al establecer el deber de agotar las medidas necesarias para conseguir que el niño conserve su familia de origen biológica o extensa, por lo que la resolución judicial que lo declare en estado o vía de ser adoptado debe dictarse una vez que se haya establecido que es imposible disponer de otras medidas para mantenerlo en ella.

CUARTO: Que conforme se expresó, los temores del recurrente en relación a la salud de la demandante resultaron rigurosos, dado su lamentable fallecimiento con posterioridad a la vista de la causa, lo que obliga a tener presente que en el contexto actual, acoger la demanda de declaración de susceptibilidad de adopción significa en los hechos desvincular legalmente a la adolescente de su único progenitor biológico, lo que atenta de modo expreso contra los principios que informan el instituto de la adopción, desde que con lo expuesto claramente se soslaya el sentido de última ratio que caracteriza a la adopción, en vez de reforzar la mantención del vínculo biológico que el padre, al oponerse a la decisión impugnada, busca consolidar.

QUINTO: Que, por lo tanto, este disidente estima que el fallo recurrido vulnera el sentido de las normas que denuncia como infringidas, atentando contra el interés superior de la

adolescente, los principios que informan la adopción, su derecho de identidad, por lo que procedía acoger el arbitrio intentado, para posteriormente, en sentencia de reemplazo, denegar lugar a la petición de declaración de susceptibilidad de adopción.

**MINISTROS** Sr. Ricardo Blanco H., Sras. Gloria Ana Chevesich R.,  
Andrea Muñoz S., y los Abogados Integrantes Sra. Leonor  
Etcheberry C., y Sr. Rodrigo Correa G.

**REDACTOR** Sra. Andrea Muñoz S. y la disidencia a cargo de su autor.

**FUENTE**

Westlaw: CL/JUR/6915/2016

## **Bibliografía**

ALEXY, ROBERT. *“Ponderación, control de constitucionalidad y representación”*, Editorial La Ley, 9 de octubre de 2008.

\_\_\_\_\_ *“Teoría de los derechos fundamentales”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

\_\_\_\_\_ *“Teoría de los derechos fundamentales”* 2ª Edición. Trad. Ernesto Garzón. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina. *“La adopción”*, Abeledo-Perrot, B. Aires, 1997.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo. *“Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia”*, Primera Edición, Editorial Thomson Reuters, 2011.

BARRIENTOS GRANDON, Javier. *“Código de la Familia”*, Quinta Edición actualizada, Editorial Thomson Reuters, 2017.

CARBONNIER, Jean. *“Droit civil II. La famille”*. Puf, 18ª edic. 1997.

CORRAL TALCIANI, Hernán. *“Adopción y Filiación Adoptiva”*. Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

DWORKIN, Ronald. *“Los derechos en serio”* (1989). Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *“El Sistema Filiativo Chileno”*. Editorial Jurídica de Chile, 2007.

\_\_\_\_\_ *“Sistema Filiativo. Filiación Biológica”*. Editorial Tirant Lo Blanch, 2017.

LEPIN MOLINA, Cristián. *“Derecho Familiar Chileno”*. Editorial Thomson Reuters, Primera Edición, 2017.

MOLINA, Eduardo y VIGGIOLA, Lidia. *“Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial”*. Ponencia presentada en el Congreso Internacional Derechos y Garantías en el siglo XXI, Asociación de Abogados de Buenos Aires, 1992.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, en LACRUZ, José Luis y otros, *“Elementos de Derecho Civil I. Derecho de Familia”*, Editorial Bosch, Cuarta Edición, Barcelona, 1997.

RUBBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. *“Droit de la famille”*, Dalloz, París, 1996.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos. *“El interés superior del menor”* en Isaac Ravetllat (coordinador), *“Derecho de la Persona”*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011.

## REVISTAS

BAEZA CONCHA, Gloria. “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, Nº 2.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. *Revista Justicia y Derechos del Niño* (UNICEF), Nº 9. Santiago (2007).

FANZOLATO, EDUARDO. “El Derecho de Familia en los países del Mercosur”, en *Revista Derecho de Familia* Nº 13, 1998.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. “La importancia de la identidad. Significado de la verdad en materia de filiación”. En *Revista Derecho de Familia*, Nº 2, Thomson Reuters, 2014.

LEPIN MOLINA, Cristián. “El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno Derecho de Familia”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, Nº 2. Santiago (2013).

\_\_\_\_\_ “Los nuevos principios del Derecho de Familia”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 23, Diciembre de 2014.

RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio. “Nuevo Régimen de Adopción”. *Revista Actualidad Jurídica* Nº 1, enero 2000.

## SITIOS DE INTERNET

Jurisprudencia Vlex. Disponible en: [www.vlex.cl](http://www.vlex.cl)

Jurisprudencia Westlaw Chile. Disponible en: <https://westlawchile.cl>

Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, de 21 de octubre de 1998, en Diario de Sesiones, Sesión 5º, de 4 de noviembre de 1998, Legislatura 339ª extraordinaria (Anexo de Documentos). Disponible en Historia de la Ley Nº 19620, página 222:

[www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/22912/4/HL19620.pdf](http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/22912/4/HL19620.pdf)

MENSAJE 407325. Mensaje del S.E. El Presidente de la República. Fecha 05 de enero, 1993 al Sr. Presidente de la Honorable Cámara de Diputados. Cuenta en Sesión 37, Legislatura 325. Disponible en Historia de la Ley Nº 19.620, página 5:

[www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/22912/4/HL19620.pdf](http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/22912/4/HL19620.pdf)

Lepin Molina, C. (2014). Los nuevos principios del derecho de familia. Disponible en: <http://repositorio.uchile/handle/2250/137063>

Informe de Auditoría Social Sename, mayo 2018.

Disponible en: [www.sename.cl/web/wp-content/.../Informe-Auditoria-Social-Centros-Sename.pdf](http://www.sename.cl/web/wp-content/.../Informe-Auditoria-Social-Centros-Sename.pdf)

Informe Final del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas. Junio de 2018.

Disponible en:

[http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Informe\\_del\\_Comit%C3%A9\\_de\\_la\\_Ni%C3%B1ez\\_de\\_ONU.pdf](http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Informe_del_Comit%C3%A9_de_la_Ni%C3%B1ez_de_ONU.pdf)

Proyecto de Reforma de Ley de Adopción. Boletín N° 9119-18

[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=9535&prmBoletin=9119-18](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9535&prmBoletin=9119-18)