



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

**UNA MIRADA CRÍTICA A LA DISCUSIÓN ACTUAL DEL PROYECTO DE
LEY TITULADO “REFORMA INTEGRAL AL SISTEMA DE ADOPCIÓN EN
CHILE”**

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

ROBERTO EMILIO HUYON TORROJA

Profesora Guía: Maricruz Gómez de la Torre

Santiago, Chile 2019

A mis padres.

TABLA DE CONTENIDO

	Página
RESUMEN	1
INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO 1 “CONCEPTO, DERECHOS Y PRINCIPIOS”	8
CAPÍTULO 2 “SITUACIÓN DE LA ADOPCIÓN EN CHILE”	25
CAPÍTULO 3 “PRINCIPALES AVANCES DEL PROYECTO LEY TITULADO REFORMA INTEGRAL AL SISTEMA DE ADOPCIÓN EN CHILE”	38
3.1 Límite al derecho de ser oído del NNA, durante los procesos de adopción	39
3.2 Aumento en el número de situaciones para declarar susceptible de adopción a un menor	42
3.3 Aumento de los requisitos para fundar la oposición dentro del procedimiento de adoptabilidad	46
3.4 Suspensión del procedimiento de adoptabilidad, y la de abrir inmediatamente un nuevo procedimiento en los casos que establece la ley	49
3.5 Incorporación y regulación de las familias de acogida para solicitar la adopción del NNA que estuviere a su cuidado	51
3.6 Perfeccionamiento de la figura de adopción por integración	57
3.7 Posibilidad de adoptar a personas mayores de edad	62
3.8 Cambios en el procedimiento de adopción internacional	65

3.9	Mejoramiento en los criterios de certificación de las condiciones generales para la adopción del niño, niña o adolescente (también llamado Certificado de idoneidad)	67
3.10	La incorporación de nuevos modelos familiares dentro de los potenciales adoptantes y alteración los órdenes de prelación actuales	70
3.10.1	<u>Planteamiento del problema</u>	71
3.10.1.1	De los eventuales problemas psicológicos en los NNA criados por homosexuales	72
3.10.1.2	Bulling y relación de los NNA con sus pares	74
3.10.1.3	Orientación sexual e identidad de género	75
3.10.1.4	Los hijos(as) de parejas del mismo sexo ¿tienen más riesgo de sufrir abusos sexuales?.....	77
3.10.2	<u>Tratamiento legal de la adopción homoparental en el derecho comparado</u>	78
3.10.2.1	México	79
3.10.2.2	Argentina	80
3.10.2.3	Brasil	81
3.10.2.4	Uruguay	82
3.10.2.5	Colombia	83
3.10.2.6	España	84
3.10.3	<u>Tratamiento nacional y postura al respecto</u>	85
3.10.4	<u>Mantener el orden de prelación</u>	92
3.11	Otros cambios y avances que trae Proyecto Ley	96

3.11.1	Negativa y ausencia injustificada a practicarse exámenes y pericias	96
3.11.2	Oportunidad para el inicio del procedimiento de adopción	97
3.11.3	Efectos de la sentencia definitiva que declara la adoptabilidad	97
3.11.4	Solicitud de adopción de niños, niñas o adolescentes residentes en el extranjero	98
3.11.5	Nuevo y sistematizado catálogo de prohibiciones y delitos	98
3.11.6	Nuevo orden de prelación	99
CONCLUSIONES	101
BIBLIOGRAFÍA	106

RESUMEN

Han transcurrido casi 20 años desde la última modificación a las normas sobre la adopción de menores en Chile, y desde hace algunos años que se viene tramitando en el congreso un nuevo proyecto de ley de la misma naturaleza, cuya misión es mejorar las falencias que existen en los procesos adoptivos y que han podido observarse a lo largo de estas dos últimas décadas.

El presente trabajo consta de 3 capítulos. En primer lugar, casi a modo introductorio, se explicará el alcance de los principios que informan los procesos de adopción, utilizando fundamentalmente lo que han fallado nuestros tribunales superiores de justicia.

Seguidamente, se intentará dar una imagen lo más fiel posible de la realidad actual de la adopción, en lo referido –por ejemplo- al número en que se concretan año tras año o el promedio de duración de los procesos adoptivos, lo anterior utilizando las cifras emanadas de los órganos encargados.

Finalmente, aquel repaso servirá de entrada para desarrollar lo que se propone el título de este trabajo, que es el desarrollar con más detenimiento los cambios más relevantes que contiene el actual proyecto de ley en discusión, comparándolos con la normativa actual, algunas soluciones extranjeras, y en algunos casos, proponiendo y tomando una posición al respecto.

INTRODUCCIÓN

En los albores de la civilización la institución de la adopción surgió como una respuesta a la necesidad del hombre de perpetuar su linaje, y de ese modo, transmitir hereditariamente todos sus bienes, en manos de su descendencia. En aquellos tiempos pretéritos, la forma aunque rudimentaria, tenía un cariz solemne: mediaba –por un lado- la voluntad de los privados, que se manifestaba en contratos escritos en tablas de arcillas, y por la otra, el interés “público” en forma de ritos de carácter religiosos que envolvían al acto en sí, estableciendo además derechos y deberes para el adoptado y adoptante. Tales fueron algunas de las primeras fórmulas.¹ Sin embargo, ese paradigma -hegemónico en aquel entonces-, fue variando a través de los años, lo mismo que la función social de la institución de la adopción.

Hoy, el interés superior de niño, se ha vuelto el criterio que en la actualidad rige sin mucho contrapeso. Si bien esta unanimidad no ha hecho desaparecer completamente otras motivaciones y aspiraciones legítimas cuando se trata de la adopción, aquel se ha instaurado desde fines del siglo XX² como el principio

¹ Los primeros antecedentes escritos de esta institución se remontan a la civilización Mesopotámica, más específicamente en su tratamiento que hace el Código de Hammurabi, promulgado entre el año 1450 y 1250 a.c.

² La inmensa cantidad de huérfanos, consecuencia de la Segunda Guerra Mundial fue uno de los principales factores que influyeron en aquel cambio de mirada.

orientador e interpretativo más importante a la hora de abordar la institución en comento. Prueba de ello es la amplitud de los tratados internacionales existentes a la fecha tales como La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y el Convenio de La Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, que han sido ratificados por Chile, y que hablan del papel trascendental que desempeña en el ámbito de la infancia.

Nuestra legislación, si bien más rezagada, no ha estado ajena a esa variabilidad, y ha sufrido varias transformaciones para adecuarse a las distintas necesidades sociales que exigía la adopción. Las primeras leyes nacionales (Ley 5.343, publicada el 6 de enero de 1964, y que luego fue derogada a su vez por la Ley 7.613, de fecha 21 de octubre de 1943) la concibieron como un contrato solemne entre particulares, que debía ser aprobado por la justicia, pero sin que constituyera un verdadero estado civil, siendo la misma ley la encargada de fijar los efectos de aquella nueva vinculación jurídica. Lamentablemente, esa incipiente normativa no resolvía la situación de los matrimonios que no podían tener hijos. Aquello produjo que muchos optaran por inscribir derechamente un niño ajeno como hijo propio. Posteriormente, la ley 16.346, que entro en vigencia el 20 de octubre de 1965, otorgó finalmente el estado civil de hijo legítimo al adoptado, con todos los derechos y obligaciones que ello conllevaba. Veintidós años después, el 10 de mayo de 1988, la ley 18.703, vino a reemplazar a la anterior 16.346, y estableció una adopción plena que otorgaba la calidad de hijo legítimo tal como aquella, y además otra simple, que constituía a su vez una

clase de tuición (cuidado personal se diría hoy en día), otorgándole al adoptado el cobijo necesario dentro de una familia, para su adecuado desarrollo material y espiritual hasta que alcanzase la mayoría de edad.

Finalmente, desde el 25 de junio de 1999, comenzó a regir la ley 19.620, cuyo objetivo era destrabar y agilizar los procedimientos, dejando sin embargo vigentes las adopciones constituidas bajo algunas de las leyes anteriores, y que optó por establecer un solo tipo de adopción, que equivale al estado civil de hijo (filiación adoptiva). Todos esos cuerpos normativos, tuvieron similares y variados objetivos, que se intentaron satisfacer con relativo éxito, desde la situación desmejorada de algunos niños dejándolos al amparo de ciertas familias (pero sin otorgar el estado civil de hijo legítimo), pasando por el “derecho” (o más bien aspiración) de los matrimonios legalmente constituidos a tener descendencia, hasta finalmente ver a la adopción como una especie de *ultima ratio* o medida definitiva e irrevocable en favor de los niños(as) cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad, sin la posibilidad de ser cuidados por su familia de origen o la extensión de esta.

Desde la vigencia de la ley 19.620, publicada el 5 de agosto de 1999, se han podido formular distintas apreciaciones y críticas en lo que va de su aplicación. Varias apuntan a desde lo extenso de los procedimientos (que se alargan, por ejemplo, debido a la oposición de los parientes cercanos del niño o niña susceptible de ser adoptado), hasta otros tópicos más controversiales en que se

ha dirimido la posibilidad de que parejas convivientes del mismo sexo (bajo Acuerdo de Unión Civil), puedan ser potenciales adoptantes. En el desarrollo de este trabajo, analizaremos algunas de esas críticas, desde el actual escenario que enfrentan miles de niños, niñas y adolescentes (NNA)³ dentro de las instituciones del SENAME u organismos autorizados, para construir una visión lo más amplia posible, y abordar los problemas procesales más acuciantes dentro de los procesos de adopción, y darle a estos menores la oportunidad que merecen de un entorno adecuado para su desarrollo material y espiritual, así como el ejercicio pleno de sus derechos, y entendiendo a la institución de la adopción como una herramienta eficaz para alcanzar dichos objetivos.

Conforme a lo anterior, en la primera parte de esta memoria, se comenzará por dar una breve aclaración, del concepto de adopción. Así mismo, se mencionarán y explicarán -mediante el apoyo mayoritario de jurisprudencia pertinente-, los principios que fundamentan todos los procedimientos y derechos involucrados en la adopción. En la segunda parte, se expondrá a través de datos oficiales, la actual realidad del fenómeno adoptivo en Chile, esto es, todo lo relativo al número de causas, proceso de adopción, personas solicitantes, etc. Finalmente, en la tercera y más ambiciosa sección de esta entrega, se intentará rescatar aquellos avances e innovaciones que se recogen en el proyecto de ley publicado en el Boletín 9118-18, de fecha 2 de octubre de 2013, denominado

³ NNA desde ahora en adelante.

“Reforma integral al sistema de adopción en sistema de Chile”,⁴ el que si bien aún se encuentra en etapa de discusión (dentro de la comisión permanente respectiva, Familia y Adulto Mayor), ya se perfila como el reemplazo definitivo de la ley 19.620, actual cuerpo legal. Para ello tomaremos como referencias algunas de las debilidades de la ley 19.620 que se han desarrollado desde la doctrina nacional, poniendo sobre todo hincapié, en los siguientes puntos en que -hasta ahora- innova el proyecto:

1. Incorporación de un catálogo sistematizado de causales de adoptabilidad, que amplía las ya existentes.
2. Aumento de las exigencias para fundar la oposición dentro del proceso de adoptabilidad, por quienes tengan el derecho a ejercerla.
3. Perfeccionamiento del consentimiento del NNA en los procesos de adopción.
4. Posibilidad de suspensión del procedimiento de adoptabilidad, y la de abrir inmediatamente un nuevo procedimiento en los casos que establece la ley.
5. Innovación en el tratamiento y requisitos que deben reunir los guardadores para solicitar la adopción del niño, niña o adolescente que estuviere a su cuidado.
6. Perfeccionamiento de la figura de adopción por integración.

⁴ En adelante Proyecto.

7. Posibilidad de adoptar a personas mayores de edad.
8. Adopción internacional.
9. Mejoramiento en los criterios de certificación de las condiciones generales para la adopción de un niño, niña o adolescente (o Certificados de idoneidad).
10. La incorporación de nuevos modelos familiares dentro de los potenciales adoptantes, alterando los órdenes de prelación actuales.

Vale decir que no se dejarán de mencionar otros aspectos y dentro del proyecto que aunque menos llamativos también significan un avance para el mejoramiento del sistema de adoptabilidad en general. Tampoco en señalar algunas de las materias que nos parecen significativas y que sin embargo, no perduraron en el proyecto o que sencillamente no fueron incluidas en la discusión.

CAPITULO I, “CONCEPTO, DERECHOS Y PRINCIPIOS”

La adopción no ha sido definida en nuestros cuerpos legales. Habría por tanto, como orienta nuestro Código Civil en su artículo 20, entenderla en su sentido natural y obvio. El diccionario de la Real Academia Española define adopción como la acción de adoptar y esta última como el acto de “tomar en condición de hijo al que biológicamente no lo es”. Sin embargo, esta sucinta definición (que además no está tomada en un sentido jurídico) no nos dice mucho. Institucionalmente, los organismos que hacen posible la adopción, la han visto como una “medida de protección que se aplica cuando se han agotado todas las posibilidades para que un niño pueda reintegrarse o permanecer bajo el cuidado personal de sus padres o familia biológica, restituyendo al niño su derecho a tener una familia definitiva que le permita crecer y desarrollarse adecuadamente, en un ambiente de protección y afecto”.⁵ Misma idea (o similar) que se recoge en algunos códigos sudamericanos en que han preferido dar un concepto de adopción. Así en el Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia, en su artículo 61 señala que, “[l]a adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección [...]”. De igual modo, en el Código de los Niños y Adolescentes de Perú en su artículo 115, “[l]a Adopción es una medida de protección al niño y al adolescente [...]”. Por último, en El Código Civil y

⁵ <http://www.sename.cl/web/que-es-la-adopcion/>

Comercial de Argentina en su artículo 594, también habla de protección al NNA e incorpora el principio de subsidiaridad (que analizaremos más adelante), y la define como, “una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.”

En algunos fallos de tribunales nacionales, más que definirla, recalcan su carácter de medida excepcionalísima o última ratio,⁶ como también en su finalidad principal,⁷ remitiéndose para ello a la doctrina. Dentro de esta última, tomando las características esenciales que ha dado nuestro legislador, se la ha definido como un “acto jurídico de carácter judicial que tiene por objeto proporcionarle a un menor de edad unos padres y una familia, no biológicos, que pueden brindarle el afecto y los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ellos no le sean proporcionados por su familia de origen”.⁸

⁶ C. Suprema, 15 de diciembre de 2015, cons. 4º y 5º, LegalPublishing: CL/JUR/6904/2015, Rol Nº 6904-2015. Y en que también se menciona su carácter de ficción legal “por la que se considera hijo a quien no lo es” (cons. 13º).

⁷ La finalidad primordial de la adopción, “no solo se limita a que el niño se desarrolló en el seno de una familia, sino que además le brinden los afectos, y se procure los cuidados necesarios para satisfacer su *necesidades tanto espirituales y materiales, cuando esto no pueda ser proporcionado por su familia de origen.*” C. Suprema, 29 de septiembre 2014, cons. 12º, LegalPublishing: CL/JUR/6948/2014, Rol Nº 634-2014.

⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán. “Adopción y Filiación Adoptiva”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 74.

Dado un concepto, y como decíamos en la introducción, en el mundo y dentro de nuestras fronteras, la adopción ha ido cumpliendo diversos objetivos y aspiraciones a través de las épocas. A veces operado en conjunto, a veces por separado, pero siempre ligado a principios, que se han ido construyendo por la doctrina y la jurisprudencia,⁹ y que pasaremos a tratar de explicar en su aspecto medular.

El primero de ellos, es el **interés superior del niño (en este caso, adoptado)**, que ha sido descrito como el “derecho (del NNA) 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 le pueda ser proporcionado por su familia de origen”,¹⁰ se ha vuelto el más importante pilar interpretativo y orientador dentro de las normas nacionales e internacionales en todo lo referente a derechos del NNA. Así en materia legal internacional, en el numeral 1 del artículo 3, de La Convención sobre los Derechos del Niño y Niña, menciona 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

⁹ C. Suprema, 4 de junio de 2015, cons. 2º, LegalPublishing: CL/JUR/3172/2015, Rol Nº 3172-2015, y C. Suprema, 15 de diciembre de 2015, cons. 4º, LegalPublishing: CL/JUR/6904/2015, Rol Nº 6904-2015, entre otros.

¹⁰ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “*El Sistema Filiativo Chileno*”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p.226.

superior del niño”. Dicha convención fue ratificada por Chile el 27 de septiembre 1990 y de ahí en adelante empezó un proceso de adecuación de las normas nacionales. En el ámbito nacional, la primera de ellas vino con la modificación del Código Civil en octubre de 1998, con la ley 19.585 que introduciría importantes modificaciones en materia de filiación, allí se agregó un nuevo inciso al antiguo art. 219 (pasando a ser actualmente el art. 222) en que se estableció que: “La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”. Además se ordenó a los jueces que al momento de adoptar sus resoluciones tuvieran especial consideración “el interés superior del hijo” (art. 242). Poco después, en 1999 cuando comenzó a regir la ley 19.620 sobre adopción -que deroga la anterior 18.703-, recogió en su artículo 1 ese nuevo sentir normativo y se comenzó a hablar del “interés superior del adoptado”. De la misma manera la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, implementada en 2004, prescribió que el interés superior del NNA es uno de los principios que “el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”.

Revisando esa y otra legislación, se ve que no es un concepto que tenga una definición preestablecida, lo cual lo vuelve flexible ante los escenarios a que se enfrentan las jueces al momento de sopesar la variedad de derechos sustantivos

en los distintos procedimientos de adopción, por ello el criterio jurisprudencial ha sido esencial para ir dándole forma y un sentido más práctico, tal como lo demuestran una serie de sentencias de nuestros tribunales que lo han ido conceptualizando y ligado a la plena satisfacción de los derechos del NNA. En ese sentido se ha fallado, que “[a]ún 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.”¹¹ Pero no se ha quedado solo allí, nuestro máximo tribunal también ha entendido la dificultad y el desafío constante que implica aplicar en cada caso concreto dicho principio, al considerar que “[l]a 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

¹¹ C. Suprema, 14 de abril de 2008, cons. 4º, LegalPublishing: CL/JUR/7338/2008, Rol N° 1384-2008. También en otro fallo similar, se ha precisado, que: "De conformidad a lo que dispone el artículo 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el principio del 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 le proporcione los medios para satisfacer sus necesidades materiales" (C. Suprema, 23 de febrero de 2015, cons. 5º, LegalPublishing: CL/JUR/1023/2015, Rol N° 1481-2015).

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 en el fondo.”¹² Este principio también ha sido abordado desde la perspectiva garantista e interpretativa, que no será necesariamente coincidente con las pretensiones personas adultas involucradas y/o responsables de los NNA. Así, la Corte de Apelaciones de Concepción en 2014 señalaba que aquel ha sido entendido “como una garantía y criterio rector interpretativo, tendiente a asegurar el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos (de los NNA), oyéndolos, conforme a su etapa de desarrollo gradual y procurando la solución más beneficiosa o menos perjudicial a sus intereses, desde su condición de sujetos de derecho y no desde la perspectiva de los deseos de los adultos involucrados.”¹³ En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de San Miguel dictaba que: “el Interés superior del niño debe prevalecer por sobre el de los padres, puesto que dicho principio se traduce en brindarles a estos, un entorno de protección y apego filial, en aras de mantener su estabilidad emocional, el arraigo afectivo alcanzado y el óptimo desarrollo de su personalidad.”¹⁴ Como se ve, es un concepto universal y jurídico en constante evolución y construcción, en

¹² C. Suprema, 17 de septiembre de 2014, cons. 12º, LegalPublishing: CL/JUR/6646/2014, Rol Nº 2545-2014

¹³ C. Apelaciones de Concepción, 14 de mayo de 2014, cons. 4º, LegalPublishing: Cl/Jur/2481/2014, Rol Nº 79-2014.

¹⁴ C. Apelaciones de San Miguel, 25 de agosto 2014, cons. 6º, LegalPublishing: CL/JUR/5979/2014, Rol Nº 275-2014.

que poco a poco se han ido asentando algunos criterios generales: “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”,¹⁵ o bien “siempre es aconsejable que los hermanos se acompañen en sus primeros años de vida”.¹⁶

Siguiendo con la enumeración y aclaración de principios, también se desprenden de la lectura del art. 1 de la ley 19.620, el de la **prevalencia de la familia bilógica y la subsidiaridad de la adopción**. Como aquí se trata de velar por el interés del NNA, es natural que los primeros esfuerzos del Estado y los demás entes involucrados en los procesos de adopción, deban ir encaminados a que el menor pueda desarrollarse en su familia de origen. Descartada esa posibilidad, y velando en todo momento por su interés, es que podrá seguirse el camino de la adopción. Lo anterior hace que ambos principios van indisolublemente concatenados. Igual que el anterior principio, estos también van unidos a la idea de que los niños tienen derecho a vivir dentro de una familia¹⁷ así lo refiere la norma antes mencionada: “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,

¹⁵ C. Suprema, 30 de enero de 2014, cons. 8º LegalPublishing: CL/JUR/6096/2013, Rol Nº 6096-2013.

¹⁶ C. Apelaciones, 3 de junio de 2016, cons. 3º, Rol Nº 658-2015.

¹⁷ Idealmente familia convencional tradicional. Se ahondará más adelante en este punto.

cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen." El criterio es de todo sentido común y así lo han entendido hoy los jueces. Sin ir más lejos, nuestro máximo tribunal ha destacado que del principio de subsidiariedad se deriva el carácter "excepcional" de la adopción y ha señalado 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 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".¹⁸

En la misma línea, en otras ocasiones y desde el punto de vista del adoptado, se ha optado por calificarla como una institución que opera cuando todas las otras alternativas son insuficientes para el fin que se pretende, advirtiendo 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".¹⁹ Unido a lo anterior, se ha precisado que, "la vida y futuro de un menor, necesariamente debe analizarse con los elementos de la realidad que lo circunda, y no puede, por ende, quedar supeditado a la preponderancia puramente conceptual de

¹⁸ C. Suprema, 11 de diciembre de 2014, cons. 11º, LegalPublishing: CL/JUR/9481/2014, Rol Nº 21997-2014.

¹⁹ C. Suprema, 29 de julio de 2014, cons. 7º, LegalPublishing: CL/JUR/4953/2014, Rol Nº 1831-2014.

determinados principios, como ocurre con la subsidiaridad de la adopción, cuya eficacia solo puede depender de la posibilidad cierta de brindar a los menores de edad, un hogar estable.”²⁰ Los mismos principios, vuelven a desprenderse de la lectura del art. 15 de la misma ley, en lo referido a la veracidad de los hechos y circunstancias que se invocan para declarar que un 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.”

En definitiva, creemos que cuando surgen el tipo de problemas y dificultades a que se exponen día a día los menores, no se trata de ponerlos de inmediato en manos del Estado o de las instituciones colaboradoras (instituciones que más allá de los cuestionamientos, nunca han contado con los suficientes recursos para atender a toda esa demanda), antes deben intentar agotarse todas las instancias y herramientas disponibles para que el NNA permanezca vinculado a su familia de origen.²¹ Esto también está en concordancia con el emplazamiento que hace el constituyente, del art. 1 de nuestra Constitución Política, en que se señala que el estado debe dar protección a la familia y propender al

²⁰ C. Suprema, 29 de enero de 2014, voto de minoría, LegalPublishing: CL/JUR/167/2014, Rol N° 6621-2013

²¹ A propósito, se ha fallado que, “de acuerdo al tenor de esta disposición (art. 1 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 esté en condiciones de otorgarle los cuidados y el afecto que ella les pueda otorgar.” C. de Apelaciones de Valparaíso, 7 de diciembre de 2012, cons. 4º y 9º, LegalPublishing: CL/JUR/2789/2012, Rol N° 705-2012.

fortalecimiento de esta. Lo anterior parece tener más sentido cuando se habla de familia biológica (fortalecer lo que ya existe), pero el Estado también está al servicio de la persona humana y en ningún caso se preferiría a la familia de origen cuando el interés superior del niño o niña aconseje lo contrario.²² A mayor abundamiento y más a título personal, durante mi práctica profesional, comprobé como los mismos parámetros eran aplicados por los magistrados de familia, intentando agotar todas las herramientas de que disponían para que los NNA pudieran tener un desarrollo adecuado dentro de las redes de sus familias de origen.

Conectado con lo anterior, y en lo referido a los esfuerzos legales e institucionales por hacer primar la familia de origen, encontramos también **el derecho a tener una identidad y el derecho a conocer sus orígenes** de todos NNA (y adulto).²³ El primero de ellos, ha sido definido como “el derecho subjetivo a la verdad personal, comprensivo del derecho a la verdad de origen y de la prerrogativa individual a la exacta representación de la proyección social individual. En suma, es el respeto al derecho a ser ‘uno mismo’.”²⁴ Como consecuencia de lo anterior, todo niño o niña debe (y tiene derecho) a ser inscrito, inmediatamente después de su nacimiento, en un registro oficial, a tener

²² En este sentido, Corte De Apelaciones de Concepción, 05.10.2015, Revista de Derecho de Familia, T. XVIII, (2015), p. 340.

²³ Principios que están en sintonía con el derecho a la libre investigación de la paternidad y maternidad, a propósito de las acciones de filiación establecidas en el Título I, Libro I de nuestro Código Civil.

²⁴ FERRARI M. “*Derecho a la identidad personal*”, p.60, <[17](http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/36d9710046e11ed29d189d44013c2be7/Derecho+a+la+identidad+personal.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=36d9710046e11ed29d189d44013c2be.></p></div><div data-bbox=)

un nombre, adquirir una nacionalidad. Este principio aparece reforzado en el artículo 26 de la actual ley de adopción, al hablar de los efectos de la sentencia que acoge la adopción, en que se señala que deberá cancelarse la antigua inscripción del menor, y que además deberán tomarse las medidas administrativas pertinentes a mantener en reserva su anterior identidad. Otra forma de resguardar este derecho, es que la misma ley permite modificar la partida de nacimiento del menor adoptado para que guarde concordancia con la de sus otros hermanos, sean o no adoptados. En lo que respecta a convenios internacionales a que el Estado de Chile está sujeto, la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 7.1 señala que, “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. El 8.1 por su parte, encierra una obligación directa hacia los miembros firmantes y prescribe que, “[l]os Estados Partes se comprometen 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 el aspecto nacional jurisprudencial, nuestra Corte Suprema, luego de citar estas y otras normas internacionales, ha precisado que en ellos, “[...] se consagra el compromiso que los Estados Partes asumieron en orden a respetar el derecho de niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre

y las relaciones familiares de conformidad a la ley, sin injerencias ilícitas [...]”.²⁵ Luego, citando una sentencia del Tribunal Constitucional reafirma la idea e indica, “que aún cuando la Constitución chilena no reconozca en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales, ratificados por Chile y vigentes en nuestro país.”²⁶ En fuerte conexión con este principio, porque resulta una aplicación concreta de aquel, está el derecho de todo NNA a conocer sus orígenes, que procura “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”.²⁷ Desgraciadamente, esto no siempre fue una aspiración en los procesos adoptivos,²⁸ y durante mucho tiempo estos procedimientos tanto judiciales como administrativos fueron guardados bajo la más absoluta reserva en que incluso se destruía el expediente finalizado el proceso y otros antecedentes que posibilitaren la identificación del adoptado.²⁹ Esos vacíos podían producir precisamente problemas de identidad en la persona que posteriormente descubría que era adoptado. Hoy, este derecho tiene

²⁵ C. Suprema, 15 de diciembre de 2015, cons. 6º, LegalPublishing: CL/JUR/6904/2015, Rol N° 6904-2015.

²⁶ C. Apelaciones de Concepción, 20 de mayo de 2014, cons. 11º, Rol N° 442-2013.

²⁷ CORRAL TALCIANI, H, Ob. Cit., p. 71.

²⁸ La Ley 16.346 parecía más bien impedirlo. Así se desprende de sus artículos 8 y 9.

²⁹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS M, Ob. Cit., p.228.

consagración a nivel internacional como citábamos anteriormente en el art. 7.1 de la Convención Internacional de los derechos del niño y de la niña (“en la medida de lo posible, a conocer a sus padres”), y en la actual normativa, ya que permite al mayor de edad “que tenga antecedentes que le permitan presumir que fue adoptado”, pueda solicitar personalmente al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informe si su filiación tiene ese origen.³⁰

Otro de los principios, que ha estado presente desde los primeros cuerpos normativos que regulan la adopción (por su carga moral), ha sido el de la **preferencia de una familia matrimonial** como destino ideal del adoptado. Con un enfoque tradicionalista la legislación actual sigue optando por dejar en el tope de las preferencias de quienes desean adoptar, a aquellos postulantes que conformen la típica familia tradicional, es decir, hombre y mujer casados con residencia en Chile (artículo 20 de la actual ley 19.620), relegando a un segundo lugar a las personas solteras, viudas o divorciadas que también quieren adoptar, excluyendo otras formas de familia no tradicionales que ya han empezado a tener un reconocimiento legal.³¹ Por lo anterior, esta materia no ha estado exenta

³⁰ Ley 19.620, art. 27.

³¹ Desde el 21 abril de 2015 que comenzó a regir la Ley 20.830 que Crea el Acuerdo de Unión Civil que regula las uniones de hecho, entre parejas de distinto o igual sexo y aún no están consideradas como adoptantes.

de polémica. A pesar de los avances en doctrina³² y jurisprudencia³³ que han ampliado el concepto de familia conforme a los tiempos actuales, no se ha afianzado lo suficiente en todos los ámbitos (incluyendo el adoptivo) para lograr ensanchar el marco tradicionalista, y por tanto el catálogo de potenciales adoptantes (se volverá sobre este punto en particular cuando se analicen los aspectos que en este punto incorpora el nuevo proyecto de ley).

Finalmente, nuestra legislación también ha querido consagrar **el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y el principio de la inseparabilidad de los hermanos**. El primero de estos, en palabras simples, otorga la facultad al menor para que en cualquiera de las etapas de alguno de los procesos relativos a la adopción, dé su opinión y que además ella sea valorada por el tribunal en función de su edad y grado de madurez. El inciso 1 del artículo 3 la ley 19.620, lo regula señalando que, “[d]urante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su

³² “Se ha señalado que, al momento de decir que ‘el matrimonio es la base principal de la familia’ la Constitución Política de la República no está excluyendo otros tipos de familia, y por tanto aquellos también deberían gozar de protección constitucional, y por ende, un trato igualitario en los distintos campos del derecho”. RAMOS PAZOS R, “*Derecho de Familia*” T.2, Editorial Jurídica, año 2007, p. 13.

³³ En una opinión más o menos reciente por parte de nuestros tribunales ordinarios de justicia se ha destacado que la noción de "familia" debe recibir una interpretación amplia, de manera que se logre la mayor efectividad posible de los derechos y garantías constitucionales. De este modo, ella no ha de entenderse como únicamente vinculada al matrimonio: "En lo que interesa especialmente, al estar involucrados derechos fundamentales, el concepto de "familia" debe recibir siempre una interpretación amplia, porque sólo de esa manera pueden asegurarse efectivamente los derechos fundamentales. Así, la expresión "familia" no alude únicamente a la existencia de matrimonio, ni siquiera de la cohabitación. Comprende, en general, las relaciones entre dos personas, entre padres e hijos, con exigencias mínimas de lazos de vida, vinculaciones de dependencia económica, relación directa y regular, etcétera" (C. Apelaciones de Santiago, 21 de enero de 2013, cons. 4º, LegalPublishing: CL/JUR/145/2013, Rol Nº 19-2013).

edad y madurez.” El anterior precepto legal, contiene una orden directa hacia los jueces, que dota de eficacia el derecho en cuestión, ya que es la opinión en del NNA está siendo considerada con mayor atención que la de los demás actores. Este derecho además, puede ser ejercido en cualquier momento procedimental, y podríamos decir que tiene su aplicación máxima en el caso de los menores adultos ya que la ley establece que se necesita de su consentimiento acerca de la posibilidad de ser declarado susceptible de adopción y de la solicitud hecha por los adoptantes dentro del procedimiento de adopción (inc. 2 del mismo artículo 3). Sin embargo, la ley ha establecido un límite, ya que en caso de negativa del menor adulto, el juez puede proseguir con el respectivo procedimiento, atendido su interés superior. Lo anterior, puede traer problemas prácticos. Así, parte de la doctrina ha notado que parece contradictorio que la ley otorgue al menor el derecho a expresar su opinión para después no tomarla en cuenta.³⁴ Tampoco es rebuscado pensar que si el menor no desea ser adoptado, ello pueda traer como consecuencia una convivencia difícil y conflictiva al interior de su familia adoptiva. El principio también tiene consagración a nivel internacional, así en el art. 12.1 de la Convención de los Derechos del Niño, en donde se prescribe que los Estados Partes, “garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión

³⁴ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS M, Ob. Cit., p.230.

libremente en todos los asuntos que afectan al niño”,³⁵ seguido del 12.2 que indica las oportunidades en el proceso para hacerlo y la forma de ejercerlo que puede ser tanto personal como por intermedio de representante.

En lo que se refiere al **principio de inseparabilidad de los hermanos**, quedó establecido en el artículo 23 inciso quinto de la ya citada ley de adopción, en que se indica que, “[e]n caso de que dos o más menores que se encuentren en situación de ser adoptados sean hermanos, el tribunal procurará que los adopten los mismos solicitantes”. La norma transcrita está en perfecta sintonía con los demás principios analizados, y al menos se estará protegiendo la identidad del niño al ordenar al tribunal procurar que los hermanos no sean separados. Respecto del principio en comento, desde el CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS se ha señalado que, “[l]os hermanos que mantengan relaciones fraternas no deberían en principio ser separados para confiarlos a distintos entornos de acogimiento alternativo, a menos que exista un riesgo evidente de abuso u otra justificación que responda al interés superior del niño. En cualquier caso, habría que hacer todo lo posible para que los hermanos puedan mantener el contacto entre sí, a no ser que ello fuera contrario a sus deseos o intereses.”³⁶ Vemos claramente que este principio sirve más como herramienta de otros

³⁵ Personalmente creemos que la norma internacional es un poco más específica, ya que se puede tener la suficiente edad y madurez (que engloba tanto la física como mental), pero no necesariamente la capacidad de formarse un juicio propio de las cosas.

³⁶ Resolución aprobada por la Asamblea General 64/142, sobre “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”. Naciones Unidas, Asamblea General, 2009, párrafo 16, p. 4-5.

derechos, ya que trata de conservar una vinculación con el origen del menor. Sin duda es una aspiración noble por parte del legislador, que sin duda se aplica bastante cuando los NNA emparentados son derivados a hogares o residencias de SENAME, pero de escasa aplicación práctica en la culminación misma de la adopción, dada la infrecuencia en que los interesados quieran adoptar a más de un menor.

Para ir cerrando este capítulo, conviene aclarar que no existe un derecho de las personas a adoptar: la adopción vela por el derecho de un niño a vivir en familia y no por otorgarle un hijo o hija a una persona o matrimonio.³⁷ Sin embargo, aunque bien intencionada, esta defensa no puede volverse un obstáculo para que nuevos tipos de familia, que hace tiempo conviven entre las tradicionales, sean marginadas de los procesos adoptivos (se volverá sobre este punto en el capítulo final).

³⁷ “No se busca un niño para una pareja que pretenda satisfacer sus íntimos e individuales anhelos de experimentar la paternidad, sino una familia para que una niño pueda desarrollar su personalidad armónicamente.” ³⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán., Ob. Cit., p. 209.

CAPÍTULO II, “SITUACIÓN DE LA ADOPCIÓN HOY EN CHILE”

La Ley 19.620 define en su artículo 7 que los programas de adopción son “el conjunto de actividades tendientes a procurar al menor una familia responsable”. Seguidamente, se señala que estas actividades se realizarán por “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 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.

Dicho esto, conviene mencionar que hace más de dos años la frágil moralidad del país fue remecida con la muerte de Lissette Villa, ocurrida al interior de una de las instituciones del SENAME. Ese lamentable hecho dejó al descubierto un montón de debilidades y falencias al interior de dichas instituciones estatales y colaboradoras, que eran las encargadas de justamente proteger y proporcionarle un ambiente seguro a Lissette. Debido a esto, se formó una comisión especial en la Cámara de Diputados para analizar en profundidad esas falencias y enviarle al ejecutivo una larga lista de recomendaciones para que tomara cartas en el asunto.³⁸ Si bien la adopción representa solo arista dentro de un gran

³⁸ Desde 2016 se incluyó dentro de las cifras oficiales que entrega el SENAME, un apartado con todos los NNA y adultos fallecidos que estaban bajo algunos de los programas de su red.

escenario de problemas asociados a la protección de los NNA, y al mejoramiento de los mecanismos e instituciones, nos parece un buen punto de partida mencionarlo, ya que aquel remezón social (además de institucional y político) sirvió para volver colocar en el centro de la atención a las decenas de miles de NNA que diariamente viven un drama por no poder contar con un entorno familiar mínimo y adecuado para su desarrollo personal.

Por lo anterior, tiene bastante sentido analizar la situación actual de la adopción desde las cifras que recopilan año a año el SENAME y los demás OACS.³⁹

Según los datos levantados, durante el 2017, en lo tocante al Área de Adopción, se iniciaron 538 causas de susceptibilidad de adopción. Esta cifra, ha ido mostrando un descenso paulatino desde 2010. Así, en 2012 –por ejemplo- se registró el número más alto de causas iniciadas, en que fueron 1.042 (al año siguiente, 773 y así disminuyendo año a año).⁴⁰ Volviendo al 2017, de ese total de niños y niñas susceptibles de adopción, aproximadamente un 83,1% (447)

³⁹ Entre en sus funciones del SENAME está el mantener un registro de NNA declarados susceptibles de ser adoptados y un registro de personas idóneas que desean adoptar, y también acreditar a las corporaciones y fundaciones que desarrollarán los programas de adopción (art. 5 y 6, Ley 19.620).

⁴⁰ En la discusión del nuevo proyecto de ley sobre reforma integral al sistema de adopción en Chile, boletín N° 9119-18, en el acta de la sesión N° 11, ordinaria, de 20 de junio de 2018, a propósito de esta variante, el Ministro de Justicia y Derechos Humanos coincidió en que las cifras no revelan la realidad, pues hay más de 6.000 niños sujetos a sistemas de protección, siendo ilógico que sólo 400 sean susceptibles de adopción [refiriéndose a las sentencias favorables]. Esto podría deberse a las falencias en el proceso mismo de adopción (por ejemplo, a causa del actual mecanismo de oposición), o por el hecho de que esté reducido el campo de personas adoptantes.

<<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=54409&prmTIPO=ACTACOMISION>>

fueron iniciadas por Unidades Regionales de Adopción de SENAME, porcentaje significativamente superior a las causas iniciadas por los Organismos Colaboradores Acreditados⁴¹ (es importante destacar, que en relación a los tramos etarios de los niños y niñas susceptibles de adopción, los menores de un año presentan los valores más altos en comparación con los otros grupos etarios y que el número de niños y niñas susceptible de adopción disminuye progresivamente a medida que aumenta la edad del niño o niña).

En las estadísticas oficiales, de ese mismo año, se señalan que las principales causales invocadas para la tramitación de la susceptibilidad de adopción fueron, en primer lugar, la de Inhabilidad, Abandono y Ánimo Manifiesto (tomadas en conjunto), que corresponde a las causales del artículo 12 de la ley 19.620, con 156 casos (29%). Le siguen el de la sola Inhabilidad con 135 casos (25,1%) y la tercera más invocada es “Cesión Normal” de que habla el artículo 9 de la misma ley con 104 casos representados por el 19,3%. Estas y otras causales se mezclan formando otros grupos, como el de Inhabilidad y Abandono; e Inhabilidad y Ánimo Manifiesto⁴² (sin duda, este pequeño muestreo da cuenta de un problema mucho más complejo que tenemos como sociedad, y que como se comprenderá sobrepasa los esfuerzos de trabajo).⁴³

⁴¹ Actualmente son tres los Organismos Colaboradores Acreditados (OACS): Fundación Chilena de Adopción, Fundación San José y Fundación Mi Casa.

⁴² No hay diferencias marcadas con respecto a años anteriores. Las principales causas siguen siendo las mismas.

⁴³ Si bien este asunto debiera ser analizado de forma interdisciplinaria, desde el ámbito institucional, el Informe de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados en 2017 identificó que el

En cuanto a los enlaces⁴⁴ efectivamente realizados, estos también han experimentado una baja paulatina desde hace algunos años. En 2012 el número de estos fue de 605, donde aproximadamente un 80% correspondieron a enlaces nacionales y el 20% internacionales. En 2016, el total fue de 472 (y también se experimentó un deceso proporcional en los enlaces internacionales que pasaron a representar un 16,31% del total). En el último anuario estadístico (año 2017) el total fue de enlaces de 428,⁴⁵ disminuyendo aún más la proporción de adopciones internacionales, en que se registró solo un 9,6% del total (Italia sigue siendo el país con más adopciones a nivel internacional). La explicación de este fenómeno podría tener varias explicaciones (disminuyó casi un 30% desde 2012), pero para el SENAME principalmente se ha debido a que desde 2013 en adelante, han aumentado las exigencias técnicas de despeje de los casos de niños y niñas que se encuentran en cuidado alternativo, lo que ha significado agotar todas las alternativas de retorno de un niño o niña con su familia de origen,

sistema de protección de menores faltos de carentes de cuidado parental se saturaba entre otras cosas por: a) La alta derivación desde Tribunales de Familia u otros sectores a la oferta vigente; b) Escasa Oferta programática en algún territorio en particular; c) Incremento de niños y niñas víctimas de vulneraciones de derechos, por ejemplo violencia física y/o sexual, y d) por falta de Organismos colaboradores interesados en ejecutar algunas líneas programáticas.

⁴⁴ Este “enlace” se refiere al momento en que menores, previamente declarados susceptibles de adopción, pasan de algunas de las instituciones del SENAME u OACS a sus familias adoptivas. No es igual al número de adopciones efectuadas, ni se refiere necesariamente al término del proceso que con sentencia favorable declara la adopción del menor, pudiéndose además producirse –por ejemplo- cuando el juez, en cualquiera de los procedimientos previos a la adopción, otorga el cuidado personal a los interesados que hayan manifestado su voluntad de adoptar al menor (Art. 19 Ley 19.620), o bien, dentro del procedimiento mismo de adopción, cuando se pide en conjunto con la solicitud de adopción (Art. 24, misma ley). Finalmente, este “enlace” o “encuentro” debe ser siempre antecedido por una preparación de ambas partes, especialmente cuando se trata de niños/as mayores, es decir, puede producirse antes de ser los adoptantes declarados idóneos.

⁴⁵ El 81,5% de estos enlaces se realizó a través de las unidades regionales de adopción del SENAME. El resto en a través de OACS.

de manera verificable ante los Tribunales antes de iniciar una causa de susceptibilidad de adopción, con el fin de garantizar el derecho de los(as) niños(as) a crecer en su familia de origen toda vez que sea posible.⁴⁶ Todo ello, ha incidido en una cierta disminución de causas de susceptibilidad de adopción, y por tanto, de enlaces (la que según la misma institución no resultaría significativa, ya que históricamente han bordeado alrededor de las 500 adopciones en el año, tal como las causas). Una mirada más global apunta a causas que tienen que ver con la natalidad, que ha disminuido y se acerca a la de los países más desarrollados, y los progresos materiales que vuelven menos dificultoso el cuidado de los hijos.⁴⁷ Las regularizaciones, por otro lado, tal como lo dice su nombre, que tienen por objeto, mediante la adopción legal, permitir regularizar la permanencia de niños, niñas y adolescentes en su familia de crianza cuando aquel no es hijo biológico de alguno de sus padres (mayoritariamente familia biparental y que coincide en parte con el conjunto de adopciones que nuestra legislación conoce con el apellido de “integración”⁴⁸), se ha mantenido una constante a través de los años, situándose en alrededor de

⁴⁶ http://www.sename.cl/wsename/images/anuario_2015_final_200616.pdf

⁴⁷ Referido a esto, Ximena Calcagni, quien fuera directora del Área de Desarrollo e Investigación de la Fundación San José para la Adopción, señaló en una entrevista que hay que añadir a este fenómeno, el efecto de la ley de aborto, el control de natalidad y todo el tema de educación sexual, “nos estamos encontrando efectivamente con una situación en la cual, la cantidad de situaciones de niños susceptibles de ser adoptados de pequeños es menor”, fuente <<https://www.biobiochile.cl/noticias/opinion/entrevistas/2018/06/18/fundacion-maria-ayuda-analiza-considerable-disminucion-en-adopcion-de-ninos-del-sename.shtml>>.

⁴⁸ Regulado en el art. 8 letra b, Ley 19.620.

los 250 durante el último lustro estudiado, concentrándose el grueso, entre NNA mayores a 6 años (85% a 90%).⁴⁹

Siguiendo con los datos referidos a enlaces nacionales efectuados, de los 3.590 realizadas entre 2010 y 2017, solo 119 fueron a personas, solteros(as), divorciados(as) y viudos(as) (que representa un escuálido 3.3% del total, hechas casi en su totalidad por unidades regionales del SENAME).⁵⁰ Más aún, de este grupo, una abrumadora mayoría correspondieron a mujeres (de esos 119 enlaces, solo 3 enlaces fueron hechos a hombres solteros, viudos o divorciados, probablemente porque aún subsiste la mirada tradicionalista de creer que la mujer está mejor preparada para la crianza de niños y niñas que los hombres).⁵¹ Los hombres solteros postulan menos que las mujeres, entre muchas otras razones, porque probablemente se sienten menos capacitados y la institucionalidad con su discrecionalidad reproduce ese estereotipo. Sería aconsejable que a futuro se establecieran más incentivos para los hombres en este ámbito.

Otro aspecto importante que se recopila es estos Anuarios Estadísticos del SENAME, y que repercute directamente en las motivaciones y propuestas

⁴⁹ Algunos OCAS a parte de los requisitos legales para solicitar la adopción, suelen solicitar un mínimo de edad del niño o niña que desea ser adoptado, que es de 5 o 6 años.

⁵⁰ Los OACS suelen atender mucho más a matrimonios, que a personas solteras.

⁵¹ Solo acotar que si bien la mujer –a diferencia del hombre- puede entre otras dar a luz y amamantar a sus hijos (producto de la selección natural), la creencia de que son mejores para la crianza se refuerza en que también han ido siendo seleccionadas en ellas ciertas conductas y patrones que las vuelven más “aptas” para desempeñar esta tarea, pero que se han vuelto menos exclusivos a la luz de los continuos adelantos tecnológicos.

legislativas, dice relación con la extensión de los procesos en materia adoptiva. Para ello, se promedia específicamente el tiempo que transcurre desde la declaración de idoneidad de los solicitantes nacionales, hasta el momento del enlace efectivo con el niño, niña o adolescente. En el año 2015, por ejemplo, el promedio de tiempo de espera fue de 12,6 meses. En 2016 este experimento un significativo aumento a 16,6 meses en promedio, cifra que más o menos se mantuvo durante el año 2017 en que se promedió un total de 17,2 meses. En todos los años en que se tuvo registro, el tiempo de espera siempre ha disminuido a medida que aumenta la edad del menor, lo anterior debido a que son menos los tratamientos e intervenciones que se necesitan para preparar al menor y su futura familia de acogida. Un enfoque similar al anterior, y que también dice relación con la duración de los procesos, es el tiempo que media entre la declaración de susceptibilidad del menor y el enlace efectivo. Afortunadamente aquí los datos son un poco más halagüeños, desde 2015 en adelante (año en que se empezó a medir esta otra variante), han disminuido los tiempos, siendo en promedio de 7,8 meses aquel año; de 6,4 meses en el año 2016; y de 5,1 meses en 2017. También los tiempos de espera se incrementan considerablemente dependiendo de la edad del niño o niña al momento del enlace. Dentro del desglose de estas estadísticas, se constata que aún se mantiene una marcada preferencia de los solicitantes por los niños de menor edad, ya que según opinión del SENAME, a ellos los estaría desmotivando el hecho de que mientras más adultos, los NNA puedan venir con más

vulneraciones (y graves) en sus derechos, y/o que también que tengan otros efectos semejantes producto de la institucionalización, lo que para los adoptantes tendría importantes consecuencias en su desarrollo socio-afectivo y dificultaría la integración de menor en su nueva familia.⁵²

Respecto al número de consultas hechas por los solicitantes de adopción (nacionales y extranjeros), estas han ido a la baja desde el año 2013 (en que fue 1391, el más alto desde 2010), habiéndose registrado tan solo 770 en la última cuenta pública del SENAME. La proporción histórica entre matrimonios y personas solteras/viudas/divorciadas consultantes por adopción entre los años 2010 y 2017 se mantiene más o menos constante, siendo de un 88% para el primer grupo y 12% para el restante.

De forma paralela, ha sucedido lo mismo con los matrimonios y las personas solteras, viudas o divorciadas, que luego de su evaluación, fueron declaradas idóneas. En 2013 del total de solicitantes declarados idóneos fue de 557; en 2016, 513; y en 2017 esa cifra disminuyó a 373. La proporción entre matrimonios versus personas solteras/viudas/divorciadas declaradas idóneas entre los años 2010 y 2017 se mantenido en alrededor de un 96,6% para los matrimonios y 3,4% para el restante de personas no casadas. Lo que acá llama la atención es que este último porcentaje, comparado con el de las consultas por adopción de personas solteras, viudas y divorciada (recordemos que era de un 12%), deja

⁵² http://www.sename.cl/wsename/images/anuario_2015_final_200616.pdf, p. 47.

entrevé un tratamiento más estricto hacia las personas no casadas que desean adoptar: además del orden de prelación establecido en la ley que los deja en un lugar menos favorecido, parece que administrativamente se les están colocando más obstáculos que a las parejas casadas. Las cifras demuestran que no ha decaído el interés en adoptar de las personas “no casadas”, pero este embudo legal y administrativo parece estar desmotivándolas en dar ese importante paso. Ojalá esta tendencia pueda ser revertida con la reforma en curso, y siga aumentando tanto las consultas como el número de personas declaradas idóneas.⁵³

La base de datos del SENAME también cuenta con un apartado referido a la búsqueda de orígenes. Esta se refiere al conjunto de acciones que una persona adoptada emprende para tomar contacto con su pasado biológico. En esta indagación, suele ocurrir que el adoptado no sólo desea conocer y encontrarse con sus padres y familia, sino que también –y a veces únicamente- obtener información general sobre su gestación y circunstancias que originaron su proceso adoptivo.⁵⁴ Los principios que inspiran esta institución son el derecho a la identidad, a la historia, y también a la privacidad. La solicitud puede ser iniciada por mayores de 18 años, o por los representantes legales del niño(a). Así, entre el año 2012 y 2017 se registraron 1.931 consultas, y no han existido grandes

⁵³ El último año (2017), la proporción de personas no casadas declaradas idóneas subió a casi 6% respecto del total.

⁵⁴ Fuente: <http://www.sename.cl/web/programas-de-adopcion/>

diferencia estadísticas entre esos años, con un promedio de 230 por año.⁵⁵ Del total casi un 58% son hechas por personas del sexo femenino y un 42% por hombres, sin embargo la mayoría de estas consultas aún se encuentra en proceso de búsqueda.

Finalmente, también existe una recopilación de datos en lo referido a ingresos, permanencias vigentes, y número de egresos de usuarios (NNA), en el área de adopción.⁵⁶ Desde hace algunos años (y especialmente en los últimos dos), es que existe una disminución considerable en el número de NNA que ingresan a programas y residencias en el área de adopción del SENAME,⁵⁷ se ha dicho (como indicábamos más arriba) que lo anterior se debe principalmente al aumento de las exigencias de los jueces de familia para decretar la susceptibilidad, inclinación que se inició hace algunos años y que cuyo criterio intenta hacer lo posible para que los NNA permanezcan con sus familias de origen.⁵⁸ Quizás aquí comienza el enigma de la baja en general del número de

⁵⁵ En el último año se computaron un total de 270 consultas, 209 en 2016 y 218 el 2015. Más del 75% de todas estas son realizadas por personas mayores de años 25 años, por ende fueron de procesos de adopción bajo la ley 18.703 y anteriores, en que existía menos tratamiento en esta esfera.

⁵⁶ Los “vigentes”, corresponde a NNA y jóvenes (mayores de 18 años), que se encuentran en los centros o proyectos de la red SENAME en un momento determinado (esta “fotografía”, va cambiando continuamente debido a nuevos ingresos y egresos). Los egresos, se refieren al mismo conjunto de usuarios que egresa de un centro o proyecto, por lo que cada uno de ellos puede egresar más de una vez, lo mismo para los ingresos.

⁵⁷ Años anteriores a 2016, los NNA vigentes en programas o residencias de adopción bordeaba los 700 usuarios, a excepción de 2012 en que bajo casi a los 400 y los egresos tuvieron un alza sobre los 900.

⁵⁸ En opinión de la actual directora del SENAME, Susana Tonda M. las causas son variadas, pero se ha tendido a privilegiar “el vínculo del niño con su familia biológica más que el derecho de ese niño a vivir en familia.” Similar opinión es compartida por Raquel Morales, Directora de Adopción Fundación Mi Casa, para quien, “se ha ido instalado una mirada extremadamente ‘biologisista’ que a toda costa busca que los niños permanezcan en su familia bilógica, aún cuando eso constituya una mayor institucionalización en las residencias”. Fuente: El Mercurio, 17 de Julio de 2018, C12.

adopciones, ya que según la información levantada el último año en el área de protección de derechos (2017) por el organismo recién mencionado, el número de NNA vigentes hasta el 31 de diciembre de ese año en hogares alternativos sobrepasaba los 12.000 usuarios (descontando aquellos centros transitorios o de diagnóstico), cifra que ha ido en aumento y no a la baja, es decir, en realidad son miles los NNA que por distintas razones terminan al interior de una de estas instituciones, que pasan de un centro a otro, y que perfectamente pueden ser susceptibles de adopción. No ha habido otra explicación por parte del ejecutivo, de si se debe a implementaciones a nivel judicial o administrativo, o de si simplemente se han vuelto más estrictos los requisitos para decretar el ingreso de un NNA a los programas de adopción. Lo que no es un enigma, según las cifras analizadas más arriba, es que el interés en adoptar no ha decaído y se ha mantenido constante. Solo falta tomar decisiones más adecuadas en pos del interés del niño(a) y quizás ampliar el espectro de potenciales adoptantes (se ahondará más en esto en el siguiente capítulo).

Siguiendo con lo anterior, también es interesante lo referido a las modalidades de egreso el NNA que figuran en el último informe de cifras del SENAME. En 2017, de los 380 egresos de los programas y residencias de adopción, se señala que aproximadamente un 60% terminó en adopción. Luego, un 15% aproximadamente volvió con su familia de origen nuclear, por tanto, se colige entonces que el resto de NNA quedaron en el camino, ya sea porque cumplieron la mayoría de edad; terminó la intervención; o ingresan a otro Proyecto red del

SENAME.⁵⁹ Desafortunadamente la forma en que están entregados los datos difiere año a año. Así en 2016, se hace un recuadro más extenso de lo que son las causales de egreso de las residencias o programas de adopción, yendo desde la fuga de la residencia, y fallecimiento de NNA al interior de la misma, pasando por el egreso con familia de responsable, hasta las resoluciones de tribunales y cumplimiento de PII (Plan de Intervención Individual, que contiene las siguientes acciones: medidas para interrumpir la grave vulneración [judiciales o sociales], psicoterapia individual y/o grupal con el niño(a), trabajo socioeducativo con el niño(a), individual o grupal, trabajo socioeducativo con el adulto a cargo para desarrollar competencias parentales, activación de redes de apoyo y trabajo coordinado de acuerdo a las necesidades [residencias de protección, escuela, salud, apoyo social, trabajo, vivienda, etc.]).⁶⁰ De esa forma no se puede saber con exactitud en cuantas de esas causales terminan finalmente en adopción. Hay varios casos –por ejemplo- en que la solución es intermedia, quiere decir aquellos casos en que sin ser adoptados, los NNA terminan en sus familias extensas (siguiendo la línea biológica), de acogida o sustituta (adultos responsables que se hacen cargo sin mediar adopción). En otros no queda claro si se llegó a buen término. Lo que sí está claro es que varios NNA no logran ser adoptados porque -como se ha visto- los solicitantes tienden

⁵⁹ Residencial, Programas, Diagnostico u OPD.

⁶⁰ Fuente: <http://www.programassociales.cl/programas/605/2014/3>

a preferir niños de menor edad.⁶¹ Al final muchos de los que no son elegidos, cumplen la mayoría de edad dentro estos centros de SENAME, deambulando de una residencia a la otra. Todos los procesos en que ellos tienen participación, poseen en común trabas en algunos de sus trámites esenciales como la vigencia de los certificados de idoneidad de los potenciales adoptantes o bien la oposición de los parientes en los juicios de susceptibilidad, aspectos que en conjunto con otros pasaremos a analizar detalladamente en el siguiente capítulo.

⁶¹ En 2017, 63% de los enlaces efectuados fueron en niños y niñas menores de 3 años, similar a años anteriores.

CAPÍTULO III, “PRINCIPALES AVANCES DEL RPYECTO DE LEY TITULADO REFORMA INTEGRAL AL SISTEMA DE ADOCIÓN EN CHILE”

El proyecto que pretende reemplazar la actual ley de adopciones (boletín N° 9119-18) se inicia por medio de mensaje presidencial el 8 de octubre de 2013. En la actualidad se encuentra en el primer trámite constitucional (discusión en la Comisión permanente de Familia y Adulto Mayor), donde ha sufrido varias modificaciones y podría seguir sumando más.

La futura ley en comento está compuesta por Diez Títulos, los que a su vez se distribuyen en 76 artículos, todos los cuales - como ha sido la tónica actual- traen incorporado una breve suma al principio.

Plantearemos algunas de las problemáticas más relevantes a nivel administrativo, legal y judicial, que se han evidenciado a lo largo de las casi dos décadas en que ha tenido vigencia la Ley 19.620, para luego hacer un acercamiento al actual proyecto, comparándola –en lo posible- con algunas de las soluciones que se han dado en el derecho comparado. Lo haremos en el orden en que están dispuestos los artículos de cada ley.

3.1 Limite al derecho de ser oído del NNA, durante los procesos de adopción.

Una de las cuestiones que mencionábamos en el primer capítulo (como principio en materia adoptiva), era el derecho y la posibilidad de que los NNA pudieran expresar su opinión dentro de aquellos procesos en que participaran. Este sería ponderado por los jueces dependiendo de la edad y madurez del menor. Una expresión de este derecho, es que se requeriría de su consentimiento, en el caso del menor adulto, para la continuación en los procedimientos relativos a la adopción.⁶² Sin embargo, la legislación actual restringe esta facultad del NNA, al permitirle al juez continuar con el procedimiento a pesar de la oposición del mismo si es en beneficio o interés del menor (en el caso del menor adulto será por razones fundadas en su interés superior cuando el juez así lo estimare).

En el plano sudamericano la regulación en lo referido a este derecho fluctúa, pero no demasiado. En el ordenamiento peruano –por ejemplo- el derecho de todo niño y adolescente a expresar su opinión esta tomado en forma general en el Código de los Niños y Adolescentes.⁶³ En el artículo 378 del Código Civil Peruano, se señala como requisito para la adopción, que si el adoptado es mayor

⁶² El artículo 26 del Código Civil chileno, entiende por menor adulto al varón que no ha cumplido dieciocho años y que es mayor de catorce años y la mujer que no ha cumplido dieciocho años y que es mayor de doce años.

⁶³ Código de los Niños y Adolescentes de Perú, Capítulo I Derechos y Libertades.

de 10 años debe prestar su consentimiento. Luego, en el art. 3 de la ley 26.981 (Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono), se indica que, “es requisito el consentimiento del adoptado en función de su edad y madurez”, criterio que volvería más discrecional su aplicación.

En Argentina también se consagra el derecho del niño, niña o adolescente “a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años”.⁶⁴ También se establece como regla ineludible para el juez dentro del procedimiento de adopción, que “debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez”.⁶⁵ En Colombia, por otro lado, parece no ser requisito el consentimiento del menor de edad, ya que en el caso de los mayores de edad, se menciona expresamente.⁶⁶ Fuera del continente, en España se prescribe que se necesita del consentimiento del mayor de 12 años para continuar con la adopción.⁶⁷ En Italia, de igual manera se requiere del consentimiento del mayor de 14 años para proceder a la

⁶⁴ Código Civil y Comercial de la Nación, Art. 595, letra f).

⁶⁵ Código Civil y Comercial de la Nación, Art. 617, letra b).

⁶⁶ Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia, Art. 69.

⁶⁷ Código Civil Español, art. 177.

adopción.⁶⁸ Finalmente, en Francia, tanto en la adopción simple como plena el menor de 13 años debe consentir personalmente.⁶⁹

Volviendo al ámbito nacional, el proyecto de ley original mantenía el mismo criterio que la ley 19.620, con la sola diferencia de nombrar un curador para el caso de negativa del NNA. Este criterio fue modificando a medida que avanzó la discusión, y la actual propuesta⁷⁰ establece que ante la negativa del niño, niña u adolescente, de continuar con el procedimiento de adoptabilidad, se deberá consultar la opinión del curador *ad litem*, y en base a ello el juez ordenará terminar o proseguir con el juicio.⁷¹ Este criterio tiene una modificación en el proceso de adopción propiamente tal. Allí frente a la negativa del adolescente el procedimiento se da por terminado, sin la posibilidad de que su continuación quede a criterio del juez.⁷²

Esperamos que durante la discusión que resta del proyecto se sigan cumpliendo con los principios que este hasta ahora se han delineado y aplique consecuentemente la autonomía progresiva a los menores involucrados para que sus opiniones siempre sean debidamente consideradas.⁷³ Nos parece

⁶⁸ Legge 4 maggio 1983, n. 184 (in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff. n. 133, del 17 maggio). -- Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. A reglón seguido se establece además que, si el adoptado ha completado sus doce años serán oídos personalmente; si es menor a esa edad, pueden en su caso, ser oído, a menos que la audiencia sea perjudicial para el niño.

⁶⁹ Código Civil Francés, artículos 345 y 360.

⁷⁰ Que ahora se discutirá en el Senado.

⁷¹ Art. 21 letra b), Boletín Nº 9.119-18.

⁷² Art. 44 letra b), Boletín Nº 9.119-18.

⁷³ Art. 11 Boletín Nº 9.119-18.

prudente, tal como especificábamos en el capítulo II, que al menos los adolescentes, atendido su grado de madurez, expresen libremente (una vez informados de las consecuencias) si están o no de acuerdo con los procesos de adopción ya iniciados, y que ante su negativa estos no puedan continuar. Además, es poco aconsejable seguir un procedimiento en oposición de una persona con la suficiente madurez para entender la situación en la que se encuentra: obligar al menor adulto por exceso de paternalismo, puede llevar a una convivencia poco pacífica al interior de la familia en que se le desea insertar.

3.2 Aumento en el número de situaciones para declarar susceptible de adopción a un menor

El actual artículo 8 de la ley 19.620 establece tres situaciones en que el menor puede ser adoptado. El primero de ellos (letra a)) se refiere al caso en que los padres del menor no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente del NNA, y así lo manifiestan ante juez competente. La letra b) se refiere a aquellos casos enmarcados dentro de la adopción por integración, cuando el menor es descendiente consanguíneo de alguno de los adoptantes. Finalmente la letra c) son los casos en que el menor es declarado susceptible de ser adoptado, que a su vez se remite al artículo 12 de la misma ley, que enumera tres situaciones específicas que son: cuando el padre, madre, o quien tenga su cuidado personal, se encuentre inhabilitado física

o moralmente, conforme al artículo 226 del Código Civil;⁷⁴ cuando estos no le proporcionen atención personal o económica durante los plazos que establece la ley; y, cuando 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 (además se agregan una serie de casos que hacen presumir el abandono).

Cada una de esas circunstancias conlleva un distinto tipo de procedimiento, lo que lo vuelve algo enmarañado. Además, algunas causales representan situaciones similares que nos parece algo innecesario tratadas de modo distinto (sin ir más lejos la letra a. del art. 8 con la letra c. del artículo 12).

Otros modelos, a nivel sudamericano, más que intentar enumerar todas las situaciones específicas para declarar la adoptabilidad, sintetizan y prefieren hablar de quienes pueden ser adoptados. Así, el Código de los Niños y Adolescentes en Perú, menciona principalmente a los menores que han sido declarados en situación de abandono, sin enumerar cada a uno los casos.⁷⁵ En Colombia por otro lado, se establecen dos grandes grupos de menores, aquellos que han sido declarados en situación de adoptabilidad y los menores cuya adopción ha sido consentida voluntariamente por sus padres.⁷⁶ En Argentina en

⁷⁴ Que a su vez ha sido vinculado al art 42 de la Ley 16.618. C. Suprema, 6 de julio de 2015, cons. 5º, LegalPublishing: CL/JUR/3812/2015, Rol N° 31946-2014.

⁷⁵ Luego establece como excepciones a los casos en que los menores son adoptados por parientes (integración, que se tratará más adelante) o han convivido con el adoptante al menos 2 años. Artículos 127-128.

⁷⁶ Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia, Art. 63.

cambio se señalan como adoptables a los menores (no emancipados) que han sido declarados en situación de adoptabilidad y, por otro lado, aquellos cuyos padres han sido privados de la responsabilidad parental.⁷⁷

Si miramos un poco más allá del Atlántico, en España al igual que en el anterior caso, menciona que pueden ser adoptados los menores no emancipados (por excepción a mayores de edad o menores emancipados en circunstancias especiales).⁷⁸ En Francia, solo pueden ser adoptados menores de 15 años (acogidos en el hogar del o de los adoptantes desde al menos seis meses), cuyos padres –previamente- los hubiesen dado en adopción, los hospicianos y los niños abandonados.⁷⁹ Finalmente en Italia, pueden ser adoptados los menores declarados previamente en situación de adoptabilidad y los que han sido abandonados por sus padres cuando esta situación no se debe a una fuerza mayor de carácter temporal.⁸⁰

Dentro del mensaje del proyecto de ley, Reforma Integral al Sistema de Adopción, se señala como unos de sus objetivos -para agilizar los procedimiento de adopción-, el establecimiento de un nuevo “catálogo amplio y detallado de causales de adoptabilidad”, agregando más adelante que “se crean nuevas

⁷⁷ Código Civil y Comercial de la Nación, Art. 597.

⁷⁸ Código Civil Español, art. 175.

⁷⁹ Código Civil Frances, artículos 345 y 347.

⁸⁰ Legge 4 maggio 1983, n. 184 (in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff. n. 133, del 17 maggio). -- Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. Artículos, 7 y 8.

causales, lo que facilitará la forma de probar su existencia, agilizando el proceso”.⁸¹

Dentro de dicho catálogo, vemos en primer lugar, un esfuerzo por encadenar las medidas de protección decretadas a favor de los NNA (cuando estos son separados de sus familias de origen), con una serie de escenarios que habilitan para que el menor sea declarado susceptible de adopción. Esto podría ser de gran ayuda ya que permitiría sincronizar mejor la vulneración de derechos del NNA dentro de los procesos de medidas de protección que podrían llegar a culminar en un proceso de adopción.⁸² En segundo lugar, agrega dos causales más, que si bien podían encuadrarse dentro de los casos que se contienen en la actual ley 19.620, pueden servir para abarcar escenarios hasta ahora no tan delineados (nos referimos a la falta de filiación respecto de ambos padres y la situación de orfandad en caso que ningún familiar dentro del tercer grado de consanguinidad pueda ejercer su cuidado).⁸³ Se sigue manteniendo la adopción por integración, de la cual se hará referencia más adelante, y aquella en que los padres del menor voluntariamente deciden darlo en adopción.

⁸¹ Mensaje N° 206-361, Santiago, 2 de octubre de 2013.

⁸² El Proyecto de Ley establece que para que se configure la imposibilidad de los padres y demás miembros de la familia para ejercer el cuidado personal (hasta el tercer grado de consanguinidad) se “considerará y ponderarán especialmente”, los casos en que estos no concurran a los programas para fortalecer sus habilidades parentales (u otro programas), o cuando, concurriendo a ellos, mantuvieren la imposibilidad de ejercer el cuidado personal (Boletín N° 9.119-18, ART. 13).

⁸³ Art. 13, letras c) y d) del Boletín N° 9.119-18, ART. 13.

3.3 Aumento de los requisitos para fundar la oposición dentro del procedimiento de adoptabilidad

Dentro de las metas en los procesos de adopción está la de tratar de encontrar el equilibrio entre el derecho del NNA a permanecer dentro de su familia de origen (o extendida), y la oportunidad que se le presenta con la adopción -como medida extraordinaria- para que el menor pueda contar con un entorno adecuado para su desarrollo tanto material como espiritual.

Como analizábamos en el segundo capítulo de este trabajo, a lo largo de la historia los procedimientos relacionados a la adopción no han sido ni son de corta duración, y a veces se alargan innecesariamente poniendo en peligro la estabilidad emocional de los NNA, mermando así los principios generales de la adopción. Uno de los obstáculos que dilatan los procesos más allá de lo conveniente, se presenta en el momento en que los familiares de los NNA ejercen su derecho a oponerse a la declaración de susceptibilidad de adopción del menor, así lo faculta el art. 14 de la ley 19.620. Está bien intencionada norma, ha permitido que cualquier familiar del menor (hasta el tercer grado de línea colateral) se oponga, pero sin establecer requisitos mínimos para fundar dicha oposición. Esto se ha vuelto un inconveniente en la práctica, ya que muchas veces esa oposición no se funda en una voluntad y capacidad real de quien o

quienes se oponen a la declaración de susceptibilidad de adopción alargando aún más el procedimiento.⁸⁴

En otras legislaciones, esta facultad de los parientes más cercanos del NNA a oponerse a la declaración de adopción no tiene muchos ejemplos similares, en cambio, se tiende a facilitar que opten por adoptarlo estableciendo menos restricciones para ello,⁸⁵ sea de manera plena o simple (diferenciación que también existía antes de la entrada en vigencia de la ley 19.620 en Chile).

En Francia se presenta una situación similar a nuestra legislación. Allí una entidad llamada Consejo de Familia (compuesta por parientes cercanos del menor) pueden ser llamados a otorgar el consentimiento en lugar de los padres: cuando estos hubieran fallecidos, estuvieran imposibilitados de expresar su voluntad o hubiesen perdido sus derechos de patria potestad,⁸⁶ pero también permite al juez decretar la adopción del menor cuando considere injustificada su negativa.⁸⁷ En Argentina por otro lado, su Código Civil y Comercial de la Nación,

⁸⁴ Problema que también fue denunciado en su momento en la exposición de María Elena González, en 2016 quien era entonces directora ejecutiva de la Fundación Chilena de la Adopción, en el INFORME COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA DE LA FORMA EN QUE LAS AUTORIDADES HAN ATENDIDO LAS PROPUESTAS DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS, POR LA APROBACIÓN DEL INFORME DE LA COMISIÓN INVESTIGADORA DEL SENAME EN EL AÑO 2014, Y LA SITUACIÓN DE MENORES DE EDAD CARENTES DE CUIDADO PARENTAL. p. 156.

⁸⁵ En Perú, por ejemplo, el Código de los Niños y Adolescentes, señala en su art. 128, que podrán iniciar acción judicial de adopción sin que medie declaración de estado de abandono, a los siguientes peticionarios b) “El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción [...]”. O bien, el caso español, en que no se requerirá propuesta previa de la Entidad Pública (para abrir expediente de adopción) “cuando en el adoptando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.” Art. 176, del Código Civil Español.

⁸⁶ Código Civil Francés, art. 348-2.

⁸⁷ Código Civil Francés, art. 348-6.

aunque no habla de oposición, permite al juez poder escuchar la opinión de los parientes y otros referentes adoptivos (art. 608).

Volviendo a la esfera nacional, el ejercicio desmesurado de esta facultad a favor de los parientes del NNA fue tomada en cuenta en el nuevo proyecto de ley propuesto,⁸⁸ y se quisieron incorporar más requisitos para ejercerla de forma fundada. Se optó por establecer que la única clase de oposición que se permitirá, será “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”.⁸⁹ Lo anterior significa un avance importante, ya que podrán ser desechadas aquellas oposiciones débiles y sin sustento, dejando solo aquellas que impliquen una salida fundada en circunstancias reales y no especulativas. De todos modos, es interesante y podría ser considerado en una futura reforma, que las decisiones en beneficio del NNA sean tomadas en conjunto por un solo grupo articulado, así como en el caso francés, para obtener no tan solo una oposición fundada y menos división que extienda los procesos, sino un empresa que por sus características, pueda conocer lo que es mejor para el bienestar del NNA.

⁸⁸ En el mensaje presidencial, se la destaca como uno de los avances más significativos: “Nuestra propuesta, se hace cargo de esta dolorosa realidad, incorporando el concepto de oposición fundada, que establece la exigencia para los parientes que se oponen, de señalar alternativas viables y concretas de egreso a corto plazo.” Mensaje Nº 206-361, Santiago, 2 de octubre de 2013.

⁸⁹ Art. 21 letra c), Boletín Nº 9.119-18.

3.4 Suspensión del procedimiento de adoptabilidad, y la de abrir inmediatamente un nuevo procedimiento en los casos que establece la ley

Un aspecto innovador dentro del nuevo proyecto de ley, es lo referido a la posibilidad de suspender el procedimiento de declaración de adoptabilidad. De manera similar al proceso penal, lo que se busca es una salida alternativa de modo de reestablecer el derecho del NNA 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,⁹⁰ pero sin apartarlo de su familia de origen. Lo anterior, deberá ser decretado por el tribunal cuando, alguno de los partícipes del proceso (que pueden ser los padres, personas a las que se les hubiere confiado su cuidado personal, o demás ascendientes y a otros parientes, hasta el tercer grado por consanguinidad en la línea colateral inclusive del NNA), interponga fundadamente una oposición, esto es, propongan una vía de egreso adecuada y concreta, que le otorgue un bienestar integral.

Dentro de este periodo de gracia, que no podrá extenderse más allá de los 6 meses, se emitirán periódicamente informes que mantendrán al tanto al tribunal, de modo de vigilar que los derechos del NNA -mencionados más arriba- sean reestablecidos. Luego, la misma norma establece que cumplido el plazo fijado por el tribunal, y habiéndose alcanzado los objetivos previstos para la suspensión

⁹⁰ Art. 24 Inc. 1, Boletín Nº 9.119-18.

del procedimiento se dictará sentencia definitiva, rechazando la adoptabilidad del NNA, entregando su cuidado personal definitivo a la o las personas que se encuentren ejerciéndolo.⁹¹

Similar facultad de los jueces competentes, se haya en la normativa italiana, en que también puede declararse la suspensión del procedimiento (un año, prorrogable por la misma cantidad de tiempo) antes de la declaración de adoptabilidad, cuando producto de las investigaciones realizadas por el tribunal, para buscarle un hogar permanente al menor, se constata que es beneficioso para el niño.⁹² Cumplido el plazo, el tribunal determinará mediante sentencia si se cumplen o no las condiciones para declarar la adoptabilidad del menor.⁹³

Volviendo al ámbito nacional, también está previsto en la nueva ley, la posibilidad de reabrir un nuevo proceso cuando no se cumple con el objetivo de reestablecer los derechos del NNA. Esto constituye otra innovación dentro de los procedimientos de adopción, como una forma de monitoreo post procesal. La norma señala que si transcurridos 3 meses de la sentencia que deniega la adopción, “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

⁹¹ En caso contrario, citará a una nueva audiencia de juicio a quienes dedujeron oposición, art. 24 Inc. 2, Boletín Nº 9.119-18.

⁹² Legge 4 maggio 1983, n. 184 (in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff. n. 133, del 17 maggio). -- Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. Art. 14.

⁹³ Ob. cit., art. 16.

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”.⁹⁴ Habrá que determinarse por parte del tribunal, de forma casuística, cuáles serán las situaciones que nieguen la posibilidad al NNA de desarrollarse en esa clase de ambiente. De la misma forma, también podrá iniciarse un nuevo procedimiento cuando el NNA “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.”⁹⁵

Como se desprende de las normas citadas arriba, lo que se busca es un mayor control de los procesos adoptivos, para verificar -dentro de plazos razonables- si se están cumpliendo o no los objetivos tanto de la declaración como de la denegación de adoptabilidad.

3.5 Incorporación y regulación de las familias de acogida para solicitar la adopción del NNA que estuviere a su cuidado

Antes de abordar el siguiente tema conviene describir bien a que nos estamos refiriendo al hablar de familias de acogida (también conocidos como guardadores). Esta institución tiene un carácter temporal y según el Sename

⁹⁴ Boletín N° 9.119-18, art. 25, inc. 1.

⁹⁵ Boletín N° 9.119-18, art. 25, inc. 2.

tiene como objetivo, “brindar protección, afecto y atención especializada para reparar el daño de los niños y niñas de 0 a 6 años, y de sus hermanos, que por decisión judicial hayan sido removidos de su familia de origen debido a que sufrieron vulneraciones como abandono, violencia sexual u otras formas de maltrato físico y/o psicológico”.⁹⁶

En la actualidad, la figura de los guardadores (familias de acogida) tiene un tratamiento más bien administrativo, y no está regulada de forma especial en la ley de adopción, ni para solicitar de forma preferente la adopción (del NNA que tengan bajo su cuidado). Además, como institución complementaria de la adopción, ha estado varias veces sometida al escrutinio público debido a no pocos casos, en que se ha demostrado los vacíos y problemas en su regulación, provocando verdaderos dramas en que los más perjudicados siempre han sido los niños.⁹⁷

El primer problema que se suscita con esta figura, aparte de la escasa legislación al respecto, es que la extensión de los procesos repercute directamente en los tiempos que pasan los niños(as) en las familias de acogida

⁹⁶ <http://www.sename.cl/web/programa-familias-acogida-fa/>

⁹⁷ Hace años la historia de José Luis Paredes, el carabinero que huyó con la niña que cuidaba como guardador junto a Jocelyn Bahamondes, su esposa, conmovió a la opinión pública. En ese entonces, la pareja de José Luis y Jocelyn no estaba casada, y como guardadores no podían adoptar según el Sename. (<https://www.eldinamo.cl/pais/2013/07/05/justicia-falla-a-favor-del-carabinero-jose-luis-paredes-podria-adoptar-a-montserrat/>). Actualmente otra familia de guardadores se haya en la misma encrucijada. Se trata de un matrimonio penquista que a pesar de haber iniciado los trámites para adoptar al menor en tiempo oportuno, no fue considerada por el Sename (<https://www.tvu.cl/prensa/2019/02/27/corte-solicita-antecedentes-por-caso-de-guardadores-que-buscan-adoptar-a-nino-que-cuidan-hace-dos-anos.html>).

(guardadores). Más de un año pueden pasar estos menores al cuidado de éstas familias temporales, lo que hace más sensible y delicada la decisión de separarlos de estas. Existe además, bastante evidencia respecto de lo importante que es la estabilidad emocional del niño durante sus primeros años de desarrollo.⁹⁸ Esto nos lleva al segundo de los problemas, o situaciones desreguladas: la demora también hace que las parejas guardadoras se encariñen –como es natural- con el menor bajo su cuidado, pero la mayoría de las veces no alcanzan a realizar todos los trámites dentro del tiempo establecido para postular como adoptantes, y no se les otorga ninguna preferencia frente a otros postulantes. Al final, también se produce una disparidad: entre los adoptantes, que pasan por todo el proceso administrativo y judicial, incluyendo el de idoneidad, versus los guardadores, que como no consiguen una preferencia para adoptar al menor (y cuyos filtros -para ser familias de acogida- son menos rigurosos que los exigidos a los primeros), tratan de saltarse los requisitos que exige la ley a los adoptantes y utilizan a esta institución para conservar al menor de forma irregular.

En cuanto al tratamiento a nivel internacional de esta figura, en países como España, posee un tratamiento más orgánico. Su Código Civil establece que

⁹⁸ El apego es una conducta de supervivencia del bebé, por lo que cuando desaparece su figura primaria de apego, se rompe lo conocido para él. Así, la pequeña estructura que se ha ido armando se desarma y pasa al cuidado de personas desconocidas; donde tendrá que hacer esfuerzos para generar nuevos vínculos que no necesariamente serán correspondidos (<https://www.diarioconcepcion.cl/ciudad/2019/02/24/psicologas-son-categoricas-separacion-de-guardadores-tendria-efectos-irreversibles.html>).

cuando los progenitores o tutores del menor, por circunstancias extraordinarias suficientemente acreditadas no puedan hacerse cargo del menor podrán solicitar a la Entidad Pública que asuma su guarda por un periodo que no podrá sobrepasar los 2 años (excepcionalmente prorrogable).⁹⁹ Luego, establece que esta guarda será hecha preferentemente mediante acogimiento familiar, y de no ser posible o perjudicial para el menor, mediante acogimiento residencial.¹⁰⁰ En el modelo Español se precisa que el acogimiento familiar puede darse en la familia extensa del menor o bien en una ajena. En seguida, pasa a enumerar los tipos de acogimientos de familia, que va desde el de urgencia, el cual no podrá tener una duración de más de 6 meses; uno temporal que no podrá tener una extensión de más de dos años, solo prorrogable cuando así lo aconseje el bienestar del niño; y finalmente uno permanente (sin plazo), cuando la reinserción del menor a su familia de origen no es posible, o bien así lo aconsejan sus circunstancias.¹⁰¹ Finalmente, la normativa comentada, permite a los guardadores prescindir de la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes en que se les declara idóneos para el ejercicio de la patria potestad.¹⁰²

En el Código Civil Italiano, por otro lado, se contempla una figura similar a la de los guardadores, llamada custodia familiar, pero que está sujeta al

⁹⁹ Código Civil Español, art. 172 bis, apartado 1.

¹⁰⁰ Ob. cit., art 172 ter, N°1.

¹⁰¹ Ob. cit., art 173 bis.

¹⁰² Ob. cit., art. 176.

consentimiento de los padres o de quienes tienen la autoridad parental del menor, y también a la de este último cuando ha cumplido los 14 años (mayor de 12 debe ser escuchado). El juez tutelar del lugar en donde resida el menor es el competente para decretarla, y en el momento de constituirla debe quedar especificando los motivos de la misma, así como los tiempos y métodos de ejercicio de los poderes otorgados *all'affidatario* (al custodio). No tiene una duración determinada, simplemente se establece que cesa con la disposición de la misma autoridad que la ordenó, habiéndose evaluado el interés del menor, cuando cesó la situación de dificultad temporal de la familia de origen que la determinó, o en caso de que la continuación de la misma condujera al perjuicio del niño.¹⁰³ Sin embargo, no existe una regulación especial, como en Chile y España, que les otorgue facilidades a la hora de adoptar al NNA bajo su custodia.

Para finalizar con los modelos extranjeros, cabe mencionar que también existe una figura similar a la de los guardadores en Chile, pero en el Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia, en que a los que asumen de manera permanente la protección de un NNA, se les da posibilidad de adoptarlo por sobre la preferencia de otros postulantes.¹⁰⁴

El actual proyecto de ley trata de hacerse cargo del primer problema (que planteábamos más arriba), ya que en su esencia busca como principal objetivo

¹⁰³ Legge 4 maggio 1983, n. 184 (in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff. n. 133, del 17 maggio). -- Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, arts. 4 y 5.

¹⁰⁴ La institución se llama Solidaridad Familiar y está regulado en el artículo 67.

acortar la demora en los procesos, lo que evitaría -como decíamos- que los NNA permanezcan más del tiempo recomendado en las familias de acogida. Respecto del segundo, lo que hace es regular derechamente la situación de los guardadores que deseen adoptar al menor que está bajo su custodia, y establece que se considerarán excepcionalmente como adoptantes si cumplen los requisitos que establece la misma ley.¹⁰⁵ En primer lugar, esta posibilidad estaría permitida solo para aquel NNA que no sea el primero en que los guardadores ejercieren su guarda.¹⁰⁶ También se establece que deben haber ejercido dicha guarda por al menos 18 meses, y que deberá evaluarse la situación de la guarda por el Sename o un organismo acreditado nacional, que dé cuenta de la situación legal, física, psicológica, médica y social del niño, niña o adolescente, y el desempeño de la guarda, por el o los guardadores. De modo similar al anterior requisito, creemos que este lapso debiese poder evaluarse caso a caso por el tribunal con el asesoramiento técnico correspondiente: los periodos de apego crítico dependen de la edad y vivencias del menor involucrado, 18 meses podría no ser lo mismo para un bebe que para un niño de 3 años. De todos modos, un plazo mínimo es necesario ya que las familias guardadoras no tienen como finalidad el volverse adoptantes, esto solo es una posibilidad. Si no fuera así,

¹⁰⁵ Cabe hacer presente, que también en la futura ley viene una breve regulación hacia una clase distinta de guardadores que ejercen el cuidado personal del NNA y que quisieren integrarlos a su familia cuando hubieren sido abandonados por los padres biológicos. Este cuidado personal debe ser ejercido durante al menos 2 años seguidos. Art. 13, letra e), Boletín Nº 9.119-18.

¹⁰⁶ Por motivos calificados, el juez podrá prescindir de este requisito cuando sea en beneficio del menor. Boletín Nº 9.119-18, art. 37, inc. 6.

terminaría por volverse una vía paralela a los procesos de adopción regulares desvirtuando su verdadera intención. Finalmente, el o los guardadores que deseen adoptar deberán cumplir con los requisitos generales solicitados a todos los potenciales adoptantes (o certificación de poseer las condiciones generales para la adopción de un niño, niña o adolescente).¹⁰⁷ Esperemos que estas modificaciones logren terminar con los conflictos que se producen bajo el imperio de la actual ley y ayuden a reestablecer más rápidamente los derechos de los NNA.

3.6 Perfeccionamiento de la figura de adopción por integración

En la actualidad, la ley 19.620 permite dos casos de adopción por integración. El primero de ellos, se refiere al caso en que el cónyuge del padre o madre que ha reconocido al NNA desee adoptar a este último. El otro caso, se refiere a la situación en que los solicitantes que quieran adoptar sean ascendiente consanguíneo del padre o madre del NNA. Es en esta última situación que surgen algunos inconvenientes que pasaremos a analizar.

El primer problema que se presenta es lo referido a la edad de los postulantes: por muy nobles que sean las intenciones de los abuelos y demás ascendientes, es difícil omitir el salto generacional que conlleva el pasar a ser considerados los

¹⁰⁷ Boletín Nº 9.119-18, art. 37, letra d).

nuevos padres del menor. Por lo anterior, es que algunas legislaciones extranjeras y la nacional, no solo establecen un mínimo de edad para adoptar a un menor, sino también un máximo ya que de lo que se trata es conseguir acercarse lo más posible al ideal del progenitor(ra). Una edad muy avanzada en los adoptantes podría generar ciertas limitaciones para el desarrollo ideal del menor.¹⁰⁸ Si bien lo anterior es una discriminación, va en beneficio directo del NNA.

Otro problema, tiene que ver con la sustitución y la yuxtaposición de roles. Si bien, puede darse el caso de que hasta el momento mismo de la declaración de adopción los abuelos o bisabuelos no hayan estado presentes en la vida afectiva del NNA, puede ser perfectamente lo contrario desempeñando un papel afectivo en la vida de sus nietos (o bisnietos). Si de un momento a otro ellos pasan a ser los padres del menor, podrían desdibujarse y alterarse los roles que hasta ese momento había asimilado el menor, y aquello podría tener consecuencias perjudiciales en su aspecto social y psíquico del mismo. De igual modo, su derecho a la identidad, podría verse conculcado con esta nueva situación, porque se estaría alterando su filiación de origen.¹⁰⁹

¹⁰⁸ De hecho, el actual proyecto de ley, también incorpora una diferencia edad máxima entre el adoptado y los adoptante(s) de 45 años. Boletín N° 9.119-18, Art. 38, letra b).

¹⁰⁹ HUANQUILEF RIVAS R. A., *“Análisis de la ley 19.620 y de los principales problemas prácticos en su aplicación”*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2015, pag. 118.

Un tercer y último escollo ocurriría al momento de contrastar el espíritu del artículo uno de la ley 19.620, en que se señala que la adopción representa una medida subsidiaria, cuando el menor no pueda ser reinsertado en su familia de origen, y por otro lado, la figura de la oposición de los abuelos en el procedimiento de declaración de adopción. El asunto es que mal podría declararse la adoptabilidad del NNA, con la presencia de sus ascendientes interesados en custodia del menor, ya que sería justamente la prueba de que la familia de origen no está ausente y que desea hacerse responsable del menor.¹¹⁰

El nuevo proyecto de ley propuesto viene a regular (en su Título V) de forma más orgánica la adopción por integración. En primer lugar, omite mencionar a los ascendientes de los NNA (que no sean los padres biológicos) como candidatos a la adopción por integración, dejando solo el caso del cónyuge del padre o madre que ha reconocido al NNA que desee adoptar a este último. La omisión de la que hablamos parece tener por objeto acabar con las dificultades que mencionábamos anteriormente, y evoca un criterio más práctico ya que entiende que no se necesita de la adopción para reestablecer los derechos del menor cuando los abuelos u otros consanguíneos del menor pueden hacerse cargo mediante la petición de cuidado personal.

En lo referente a otras legislaciones, varias prohíben derechamente la posibilidad de que ascendientes puedan adoptar a sus descendientes. Así –por

¹¹⁰ La misma ley citada, establece lo que se entiende por familia de origen. Art 7, inc. 2 y 14 inc. 1.

ejemplo- lo establece el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, en su artículo 601, señalando que, “[n]o puede adoptar: b) el ascendiente a su descendiente.” El mismo criterio, está establecido en el artículo 175, N°3 del Código Civil de España, donde también se impide adoptar a un descendiente.

En la vereda opuesta, están las legislaciones que como la nacional permiten la adopción de descendientes por parte de consanguíneos en la línea directa. En el Código de los Niños y Adolescentes del Perú -por ejemplo-, se permite esta posibilidad. Así se desprende de la simple lectura de su artículo 128, letra b): “para aquellos que posean vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente posible de adopción”, dando a entender que no les está prohibido a los abuelos y otros ascendientes poder adoptar al menor. Igual situación se establece en la legislación italiana a las personas vinculadas al niño, huérfano de padre y madre, que tengan lazos sanguíneos dentro del sexto grado y una relación estable y duradera al momento de pérdida de los padres.¹¹¹

Volviendo al ámbito nacional, mencionábamos que el actual proyecto en curso opta por conservar solo el segundo caso que mencionábamos, el del cónyuge que desea adoptar al hijo de su compañero(ra), situación que es

¹¹¹ Legge 4 maggio 1983, n. 184 (in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff. n. 133, del 17 maggio). -- Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, art. 44, letra a).

aceptada en la mayoría de las legislaciones mencionadas más arriba,¹¹² e incorporó a los convivientes civiles (situación en la que ahondaremos más adelante).¹¹³ Además se establecen requisitos específicos que no están contemplados en la normativa actual para esta adopción en especial. El primero de ellos indica que solicitud deberá presentarse en conjunto por los cónyuge o convivientes civiles y deberá ser oído el padre o la madre, o en su caso aquellos que ejercen el cuidado personal del NNA. También deberá citarse a ascendientes y colaterales hasta el tercer grado, pero solo para formarse convicción del abandono, no para entablar oposición. Finalmente, se menciona que el menor debe tener al menos 5 años de edad, y el postulante deberá haber convivido con el padre o madre del NNA al menos 5 años continuos (los plazos podrán ser rebajados por el juez, siempre que sea en interés del NNA).¹¹⁴

¹¹² La diferencia con otras regulaciones estriba en el hecho que varias permiten conservar los vínculos de parentesco del menor adoptado con su familia de origen, amortiguando así los efectos de desarraigo del NNA. En el plano sudamericano por ejemplo, el Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia, establece dentro de los efectos jurídicos de la adopción, que estos no se producirán entre el cónyuge o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, quien conservará los vínculos con su familia de origen (art. 63 n°5). El Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina también le permite al juez mantener subsistentes los vínculos y crear otros en la adopción por integración cuando el menor tiene doble filiación de origen (arts. 621, 630 y 621). De igual manera el Código Civil de España establece que por “excepción” subsistirán los vínculos con el progenitor: “a) Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido” (art. 178). Misma idea contenida en el Código Civil Francés, en su artículo 356, inc. 2., “la adopción del hijo del cónyuge dejará subsistir su filiación de origen respecto de este cónyuge y de su familia”.

¹¹³ Boletín Nº 9.119-18, Art. 63. La única situación prevista (para ambos tipos de uniones) es aquella en que el niño, niña o adolescente ha sido abandonado por uno de sus padres. Cuando el niño, niña o adolescente tiene filiación determinada solo respecto del padre o madre, se sigue el procedimiento de adopción general del Título III.

¹¹⁴ Boletín Nº 9.119-18, Art. 64.

3.7 Posibilidad de adoptar a personas mayores de edad

Una antigua aspiración por parte de la doctrina nacional era la posibilidad de que el legislador permitiese la adopción a personas mayores de edad. Esta alternativa volvió a ser reflatada durante la discusión de la reforma en comento. El año 2016 durante las sesiones de la Comisión Investigadora del SENAME (iniciada en 2014), se informó por parte de los expertos convocados, que existían muchas situaciones de vulnerabilidad que también involucraban a adultos, adultos mayores y personas con discapacidad.¹¹⁵ Ello quiere decir que la cantidad de situaciones de desamparo a cargo del Sename y otras instituciones van más allá de la mayoría de edad, y no siempre logran ser absorbidas por las salidas que ofrecen los programas institucionales. Además, se podría agregar que dada la situación de desamparo, sin familia y conexiones, las herramientas de quienes egresan de alguna de las instituciones del Sename son bastante menos que las de un NNA adoptado por una familia o persona individual, más si pensamos en aquellas personas con problemas mentales o con algún otro tipo de discapacidad.

En derecho comparado la adopción de mayores de edad se encuentra disponible en algunos de los países a que hemos hecho mención antes. En

¹¹⁵ INFORME COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA DE LA FORMA EN QUE LAS AUTORIDADES HAN ATENDIDO LAS PROPUESTAS DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS, POR LA APROBACIÓN DEL INFORME DE LA COMISIÓN INVESTIGADORA DEL SENAME EN EL AÑO 2014, Y LA SITUACIÓN DE MENORES DE EDAD CARENTES DE CUIDADO PARENTAL. p. 62, 70.

Colombia por ejemplo, su Código de la Infancia y Adolescencia lo permite en su artículo 69 diciendo que, “[p]odrá adoptarse al mayor de edad, cuando el adoptante hubiera tenido su cuidado personal y haber convivido bajo el mismo techo con él, por lo menos dos años antes de que este cumpliera los dieciocho 18 años.” Y finaliza diciendo que se requerirá el consentimiento de ambos para la adopción. En Argentina también existe esta posibilidad. De forma excepcional pueden ser adoptados mayores de edad cuando “se trate del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar” o bien, “cuando hubo posesión del estado de hijo mientras era menor de edad”, siempre que se demuestre fehacientemente.¹¹⁶ De igual modo, el Código Civil Español, en su artículo 176, apartado 2, permite la adopción de mayores de edad y menores emancipados, para los que no se requerirá el patrocinio de la Entidad Pública. Finalmente, en Francia, sin importar la edad, y aunque con efectos atenuados, también pueden ser adoptados personas mayores de edad.¹¹⁷

Volviendo al plano nacional, la actual ley de adopciones, no permite la adopción de personas mayores de 18 años. En el proyecto original de Reforma Integral al Sistema de Pensiones, se incluía la posibilidad de adoptar mayores de edad, en términos parecidos a la formula colombiana (siempre que la persona que quisiera adoptarlos hubiera tenido su cuidado personal al menos 5 años seguidos) pero estableciendo un tope de edad de 24 años. Esto fue descartado

¹¹⁶ Código Civil y Comercial de la Nación, art. 597.

¹¹⁷ Código Civil Francés, Art. 360. Mediante adopción plena.

en la Indicación Sustitutiva contenida en el Oficio del S.E. el presidente de la República (N° 028-366). Afortunadamente, se volvió a incluir en la discusión dentro de la comisión de familia y adulto mayor, en similares términos al proyecto original, y hasta personas mayores de 28 años.¹¹⁸ No entendemos esta limitación. Lo más probable es que se hizo pensando en la edad máxima en que los hijos tienen el derecho a solicitar alimentos de sus padres (cuando estudian un oficio o profesión), como asumiendo que luego de esa edad no habrían razones útiles para adoptar. Siguiendo el mismo tipo de razonamiento, ¿qué sentido también tendría el reconocer a un hijo(a) de la misma edad o mayor, si los efectos son casi los mismos que para la filiación por adopción? Esto nos resulta algo economicista, que minimiza otra serie de beneficios para los involucrados más allá de los pecuniarios, que resultan de la simple obtención de más redes y contactos al estar emparentados.

3.8 Cambios en el procedimiento de adopción internacional

La adopción de personas no residentes en el país sean nacionales o extranjeros regulada en el Párrafo III, del Título III de la actual ley 19.620, (también llamada internacional), se encuentra actualmente sometida al mismo procedimiento que las adopciones nacionales, siendo competente el juez de

¹¹⁸ COMISIÓN DE FAMILIA Y ADULTO MAYOR, PERÍODO LEGISLATIVO 2018-2022, LEGISLATURA 366ª, Acta de la sesión N° 38, especial.

familia del domicilio del niño, niña o adolescente, con algunas modificaciones ya que los requisitos para esta clase de postulantes suelen ser más estrictos. De todos modos, el sitio web del Sename entrega mejores pautas para entender uno a uno los pasos.¹¹⁹ En el plano sudamericano, en cuanto a regulación, solo Uruguay se acerca a la minuciosidad de nuestra actual normativa, aunque tal vez, menos exigente y taxativa al momento de establecer requisitos para los postulantes.¹²⁰ Dentro de los demás países analizados, Perú y Colombia también utilizan sus procedimientos generales de adopciones para establecer la adopción internacional (como el modelo chileno), y la obligatoriedad de patrocinio –por parte de los postulantes- de un organismo autorizado.¹²¹ En todos estos países nombrados la adopción internacional es supletoria de la nacional.¹²²

En lo tocante al proyecto de ley, el apartado que trata de adopción internacional, plantea algunas modificaciones procedimentales. En primer lugar, se establece que ya no se aplicaría el procedimiento general de adopciones, y pasaría tener una regulación especial. La solicitud de adopción, que deberá ser patrocinada por una autoridad competente del Estado de recepción, deberá ser presentada ante el Sename u organismo acreditado nacional. A la serie de documentos que deben acompañar a la solicitud de los postulantes establecidos

¹¹⁹ <http://www.sename.cl/web/adopcion-internacional/>

¹²⁰ Código de la Niñez y Adolescencia, art.154.

¹²¹ Código de los Niños y Adolescentes de Perú, arts 129 y 130. ; Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia, art. 72.

¹²² Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay, art. 151; Código de los Niños y Adolescentes de Perú, art. 116, y; Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia, art. 71.

en la ley actual de adopción, se agregan algunos más: certificado de haber participado en talleres, cursos o instancias, para la preparación del ejercicio de la paternidad adoptiva de un NNA en Chile, junto con un certificado o declaración jurada que acredite el dominio del idioma español, por al menos uno de los postulantes, y; un certificado de antecedentes penales, con vigencia máxima de 90 días legales luego de su expedición.¹²³ Además, se establece una antigüedad máxima de un año para el informe social, certificado psicológico y de salud acompañados por los solicitantes. Una vez presentados estos documentos el Sename o el organismo acreditado nacional, tendrá un plazo de 30 días hábiles para evacuar un informe técnico-jurídico en que se certifique que los postulantes cuentan con las condiciones generales de adopción para el niño, niña o adolescente residente en Chile. Esta resolución deberá ser fundada, y puede ser impugnada conforme al mismo procedimiento que se establece el inciso final del artículo 39 del proyecto ley.¹²⁴

Sin embargo, este procedimiento especial omite mencionar al tribunal competente para dicho proceso y lo hasta ahora descrito no ocurre más que en sede administrativa. Puede que sea una omisión en el actual proyecto que paradójicamente si regula los efectos posteriores a la sentencia ejecutoriada, posterior a la aprobación técnico-jurídica.¹²⁵ Evidentemente que la potestad para

¹²³ Boletín Nº 9.119-18, art. 56.

¹²⁴ Boletín Nº 9.119-18, art. 56, inc. final.

¹²⁵ Boletín Nº 9.119-18, art. 57.

declarar una adopción solo podrá provenir de un tribunal de la república, por lo que de todas formas va aplicarse un procedimiento similar al general. También nos resulta extraño que, dentro de los documentos que se deben adjuntar a la solicitud de los interesados, se haya retirado la exigencia de una copia autorizada de la resolución judicial que declara susceptible de adopción al niño, niña o adolescente. Parece que no hay ninguna referencia al proceso de adoptabilidad, pero también es menester una declaración de este tipo antes de proceder con la adopción internacional.

3.9 Mejoramiento en los criterios de certificación de las condiciones generales para la adopción del niño, niña o adolescente (también llamados Certificados de idoneidad)

Según se establece en el artículo 20 de la actual Ley de Adopción, para solicitar la adopción se requiere que los adoptantes hayan sido evaluados física, mental, psicológica y moralmente idóneos por algunas de las instituciones a que hace referencia el artículo 6 de la misma ley (Sename o instituciones acreditadas). Este ha sido un punto algo ignorado por el legislador, quien al no establecer los pormenores o especificado que entiende por idoneidad en los cuatro aspectos que menciona la ley ha hecho que dichas particularidades sean

abordadas por cada institución en particular, lo que permite un amplio espacio de discrecionalidad.¹²⁶

El resto de legislaciones hasta ahora estudiadas, tampoco han querido delimitar esta aptitud o suficiencia que deben tener los adoptantes. La legislación peruana -por mencionar uno- dentro de su Código Civil habla que los adoptantes deben poseer “solvencia moral”, y luego suma otros tantos al hablar del procedimiento (psicológico, moral y legal).¹²⁷ De igual modo en países como Uruguay o España, la idoneidad es solo una referencia a modo general.¹²⁸ Finalmente, en Italia se hace además mención al factor económico, salud de los adoptantes y las razones de porque estos desean adoptar al niño.¹²⁹

Esta falta de definición de la que hablamos es la que trata enmendar en esta nueva propuesta legislativa. La potestad de certificar la idoneidad de los postulantes pasaría a ser solo del Servicio (Sename), permitiendo a los postulantes recurrir ante el Director del mismo en caso de negativa (a través del procedimiento administrativos que rigen los actos de los órganos de la

¹²⁶ Al respecto uno podría preguntarse, ¿qué tanta objetividad existe desde el momento en que aquellas mismas instituciones reciben un pago por las evaluaciones de idoneidad y la subvención del Estado a través del Sename o Sernam? O bien ¿qué resguardo se tiene ante decisiones institucionales cuando la falta de idoneidad en los adoptantes es en realidad producto de alguna observación arbitraria y prejuiciosa?

¹²⁷ Artículo 378, N°1 del Código Civil, y artículo 6 de la Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados Judicialmente en Abandono, respectivamente.

¹²⁸ Artículo 139, Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay; y artículo 176 del Código Civil de España. A diferencia del sistema chileno, en los tres casos mencionados la certificación de idoneidad es realizada por una entidad pública.

¹²⁹ Legge 4 maggio 1983, n. 184 (in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff. n. 133, del 17 maggio). -- Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, art. 22.

administración del Estado, Ley 19.880). Esto ayudaría a evitar posibles conflictos de intereses en que podrían verse envueltas las instituciones colaboradoras ya que como mencionábamos, reciben aportes del Estado y pagos de los postulantes a cambio de prepararlos y darles una certificación de idoneidad. Por otro lado, más destacable es que junto con ampliar y describir mejor los criterios que deberán considerarse al momento de certificar la idoneidad, intenta prohibir la discriminación arbitraria que niegue la certificación en razón de “la etnia, nacionalidad, idioma, ideología u opinión política, religión o creencia, sexo, orientación sexual, identidad de género, estado civil, edad, filiación y/o apariencia personal”.¹³⁰ Si bien es cierto que existe un mandato general contra toda forma de discriminación arbitraria, conviene subrayar esta mención en particular porque no existía hasta ahora un principio general en materia de adopción que abogara por los “derechos” de quienes desearan adoptar, encontrándose esto último siempre eclipsado por el interés superior del niño. Finalmente, esta declaración de no-discriminación (y que se repite en iguales términos para solicitar el cuidado personal de menor) deja en buen pie la apertura

¹³⁰ El proyecto señala además que, “[l]a evaluación deberá tener en consideración, al menos, los siguientes criterios: a) Condiciones de vida para el ejercicio de la parentalidad adoptiva, tales como aquellas referidas a su vida laboral, habitacional o previsional. b) Vínculos que mantiene con su red sociofamiliar y redes de apoyo. c) Consideraciones respecto de su salud física y mental, capacidades socioafectivas e historia vincular de apego. d) Contar con el conjunto de capacidades para asumir el cuidado, protección y crianza de un niño, niña o adolescente adoptivo. e) Proyecto adoptivo, incluyendo los factores determinantes de la búsqueda de un niño, niña o adolescente a través de la adopción, junto con la evolución demostrada durante las etapas previas del proceso preadoptivo. f) Tratándose de dos postulantes relacionados entre sí, se deberá considerar la estabilidad y antigüedad de su relación y su actuar de consuno.” Boletín Nº 9.119-18, Art. 39.

hacia los demás tipos de familia que se han considerado durante la discusión de la nueva ley, tema que trataremos a continuación.

3.10 La incorporación de nuevos modelos familiares dentro de los potenciales adoptantes, y alteración los órdenes de prelación actuales

En el primer capítulo analizábamos que uno de los principios en que descansaba el sistema de adopción nacional era la preferencia por la familia matrimonial tradicional, que de paso excluía de la posibilidad de adoptar a las parejas tanto heterosexuales como las del mismo sexo de forma conjunta. Ello se ha mantenido -en gran parte- debido a prejuicios en nuestra sociedad y a una mirada conservadora al respecto. Esta discriminación contumaz es la que distintos proyectos presentados en el Parlamento (más el comentario) han tratado y tratan de modificar.¹³¹

En todos los temas que analizamos anteriormente, ha existido cierto consenso tácito en implementar cambios y mejoras (en los procedimientos, la oposición fundada, guardadores, etc). Las diferencias no eran tan de fondo. Por el contrario, este tema en particular es más complejo y tiene una carga valórica marcada (que muchas veces no se quiere reconocer). La discusión ha sido

131 Proyecto de ley que modifica la ley Nº 19.620, para permitir la adopción por parte de convivientes civiles, Boletín Nº 11447-18; Proyecto de ley que Modifica el Código Civil en relación al concepto de matrimonio, Boletín Nº 5780-18; Proyecto que Modifica el Código Civil y la ley de Matrimonio Civil, con el propósito de posibilitar el matrimonio igualitario, boletín Nº9778-18.

intensa y acalorada. Su debate toma aspectos tanto sociales, como jurídicos y psicológicos, por ello nos extenderemos más en este apartado.

3.10.1 Planteamiento del problema:

En pleno siglo XXI ya no es tan extraño ver a parejas del mismo sexo formar familias. En Chile según el Censo 2012, y utilizando los datos de último censo abreviado de 2017 para hacer una proyección, existirían alrededor de 36.724 personas que viven con una pareja de su mismo sexo.¹³² Del total de parejas que conviven y/o están casadas, las que reconocieron su unión con una de su mismo sexo son el 0.5 por ciento de aquel total.

Como sucede habitualmente, la apertura y la tolerancia hacia estas nuevas formas de familias, va más rápido que su reconocimiento legal. Fue recién el año 2015, gracias –en gran parte- a la presión de los grupos LTGB, que se logró aprobar el Acuerdo de Unión Civil (AUC) institución que permitió darle un estatuto jurídico a la uniones de hecho o a la convivencia entre parejas, sean o no del mismo sexo. A pesar de que aquel fue sin lugar a dudas un gran avance en materia de derechos civiles y políticos para las personas homosexuales, no fue posible aprovechar ese mismo impulso legislativo para hacer lo mismo en el aspecto filiativo y todavía -estás familias- no pueden reconocer y pasar por hijos

132 <https://ine.cl/estadisticas/demograficas-y-vitales>

a los que crían en conjunto.¹³³ Esta situación (que resulta ser bastante injusta), también se vuelve contra los NNA que a pesar de reconocer otra figura paterna o materna desde muy temprano, el ordenamiento legal les niega un estado civil que les aseguraría un marco más amplio de derechos, económicos, hereditarios, sociales, etc. La reticencia a que parejas del mismo sexo puedan adoptar (incluso reconocer como hijo a NNA sin filiación o en definitiva, criar en conjunto), proviene de varios tipos de argumentos. Revisaremos algunos de los principales a partir de la literatura científica disponible, y que hacen referencia a los supuestos riesgos sociales y psicológicos de los NNA bajo su cuidado.

3.10.1.1 De los eventuales problemas psicológicos en los NNA criados por homosexuales

En primer lugar se señala que la crianza por parte de parejas homosexuales no sería apta para los NNA ya que estos tendrían más probabilidades de padecer problemas psicológicos. Al respecto, puede decirse que hay estudios en ambos sentidos. Por ejemplo, uno publicado en 2010 realizado en EE.UU. entre 1986 y 1992 a 154 familias de parejas lesbianas con hijos(as) entre 10 a 17 años concluyó que no había ningún tipo de desorden psicológico a causa de la

133 Conviene recordar, que a parte de la adopción, existen otros supuestos filiativos en que se mantiene esta desigual como lo son: el reconocimiento legal del hijo(a), la posesión notoria de hijo(a) y las técnicas de reproducción asistida ALBERDI SOTO, Ignacio; PAZ MARDONES J, "*Filiación Homoparental: Necesidad de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico a la luz de los Derechos Humanos*", Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2016, pag. 53-70.

composición de su familia.¹³⁴ Los NNA mostraron ser psicológicamente saludables, tener un buen rendimiento académico y una forma positiva de sociabilización.¹³⁵ En igual sentido, otro análisis de varias muestras estadísticas de campo, concluyó que en términos de bienestar psicológico, a partir de datos representativos a nivel nacional (EE.UU.) los adolescentes en familias de parejas de mujeres del mismo sexo y de sexo diferente informan puntuaciones similares sobre los síntomas depresivos y la autoestima.¹³⁶ En la vereda opuesta, un estudio publicado en *British Journal of Education* encontró que los niños de familias del mismo sexo tenían más del doble de probabilidades (9,3%) de experimentar dificultades emocionales o de comportamiento que los niños de familias de distinto sexo, (4,4%).¹³⁷ El mismo estudio indicó que los padres del mismo sexo informaron que sus hijos experimentaron más del doble (2.3) de problemas emocionales "definidos" o "graves" que los padres de sexos opuestos. En la misma línea, otro estudio recopilatorio mostró que los hijos de parejas del mismo sexo tenían, en promedio más problemas conductuales, de confianza,

¹³⁴ GARTRELL N, BOS H, US National Longitudinal Lesbian Family Study: Psychological Adjustment of 17-Year-Old Adolescents, 2010, Fuente: <<https://pediatrics.aappublications.org/content/126/1/28>>

¹³⁵ Entre las demás conclusiones se señala, estos hallazgos muestran que los adolescentes que han sido educados desde su nacimiento por familias de lesbianas planificadas (fecundación in vitro) demuestran un ajuste psicológico saludable y, por lo tanto, no proporcionan ninguna justificación para restringir el acceso a las tecnologías reproductivas o la custodia de los hijos en base a los padres. Gartrell N, Bos H, Ob. Cit.

¹³⁶ MANNING W.D, FETRO M.N, LAMIDI E, Child Well-Being in Same-Sex Parent Families: Review of Research Prepared for American Sociological Association Amicus Brief, *Popul Res Policy Rev.* 2014, Fuente: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4091994/>>

¹³⁷ SULLINS D. P, Emotional Problems among Children with Same-Sex Parents: Difference by Definition (January 25, 2015). *British Journal of Education, Society and Behavioural Science* 7(2): p. 105, 2015. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2500537>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2500537>>

depresión, intimidación, entre otros, a diferencia de los hijos(as) padres biológicos.¹³⁸ Otro famoso y polémico estudio, de la University of Texas, también encontró diferencias significativas entre jóvenes criados por familias biológicas intactas versus, familias de pareja gay y lesbiana. Allí, los datos recabados, mostraron que los hijos de estas parejas tienen más del doble de posibilidades de recibir algún tipo de terapia, para un problema relacionado con ansiedad, depresión, relaciones, etc.¹³⁹

3.10.1.2 Bulling y relación de los NNA con sus pares

Un segundo cuestionamiento, es si estos NNA sufren más bulling que los hijos(a) de las parejas heterosexuales. Estudios hechos a familias con dos madres lesbianas demostraron que si bien los hijos(as) de este tipo de familias también sufrían de acoso escolar, no lo hacían en mayor medida que los hijos(as) de las parejas heterosexuales.¹⁴⁰ En el mismo sentido, otro estudio citado más arriba (y que indicaba que los niños de padres gays o lesbianas, presentarían más problemas emocionales y de comportamiento), también concluyó que los

¹³⁸ Idem.

¹³⁹ RENGNERUS M, How different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structures Study, *Social Science Research*, 2012, Volume 41, Issue 4, Pages 752-770.

¹⁴⁰ WAINRIGHT J. L, PATTERSON CH. J, University of Virginia, Peer Relations Among Adolescents With Female Same-Sex Parents. 2008, Vol. 44, No. 1, 117–126. Disponible en <<http://people.virginia.edu/~cjp/articles/wp08.pdf>>; KOSCIW J. G, Ph.D. DÍAZ E. M, Involved, Invisible, Ignored: The Experiences of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Parents and Their Children in Our Nation's K–12 Schools. 2008. Disponible en: <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED500474.pdf>>

hijos de parejas del mismo sexo, no son acosados o atacados más, que los de parejas del mismo sexo.¹⁴¹ De igual modo, dentro de la discusión, del nuevo proyecto de adopción, un informe elaborado por el Colegio de Psicólogos de Chile A.G en 2015 señalaba que aunque los datos pueden apuntar en ambos sentidos, las conclusiones de la Asociación Americana de Psicología (APA) eran que las burlas en relación a la homosexualidad y lesbianismo, se presentan cuando los niños o niñas son ellos mismos de esta orientación sexual y raramente cuando tienen dos padres o dos madres.¹⁴²

3.10.1.3 Orientación sexual e identidad de género

Otra cuestión, bastante discutible por lo demás, es si los NNA criados por parejas homosexuales y/o lesbianas, tienen más probabilidades de presentar una orientación homosexual. Diferentes estudios, han mostrado que no hay una mayor probabilidad significativa en que los hijo(as) criados por parejas de mismo sexo tengan una conducta homosexual,¹⁴³ aunque otra vez, tenemos estudios

¹⁴¹ SULLINS D. P, Ob.cit. p. 110.

¹⁴² Parejas del mismo sexo como adoptantes, Fuente:

<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmiD=36037&prm TIPO=DOCUMENTOCOMISION>

¹⁴³ CRAMER D. (1986). Gay parents and their children: A review of research and practical implications. *J Couns Dev*, 64, 504-507. Disponible en <<http://dx.doi.org/10.1002/j.1556-6676.1986.tb01182.x>>; American Psychological Association, *Lesbian and Gay Parenting*, 1995. Disponible en <http://www.apa.org/pi/parent.html>. Desde una perspectiva teórica, no se requieren necesariamente padres heterosexuales para que los niños adquieran un comportamiento de género. Las madres lesbianas pueden reforzar el comportamiento de género de la misma manera que lo hacen las madres heterosexuales y pueden parecerse mucho a las madres heterosexuales en términos de aquellos aspectos del comportamiento de género que influyen en el desarrollo de género de los niños. MOONEY-SOMERS J., STEVENS M. (2003). *Children with lesbian parents: A community study. Developmental Psychology*, 2003, Vol. 39, No. 1, 20–33. Disponible en

en contrario.¹⁴⁴ Sin embargo, se ha planteado que los hijos de parejas gays o lesbianas podrían tener más probabilidades de presentar conductas homosexuales, sentir atracción hacia el mismo sexo o tener una identidad gay, por causas genéticas, o debido a que sus hijo(as) que han sido criados bajo ese contexto, no verían como un tabú el declarar tener una orientación sexual distinta a la que se espera de su sexo.¹⁴⁵ Luego, ya que las familias compuestas por parejas del mismo sexo rompen con el prototipo de los roles que generalmente se espera de ambos sexos, también se ha pensado que los niños criados por parejas homosexuales podrían tener dificultades para asumir su identidad de género. Estudios en base a datos estadísticos entre 1978 y 2000, mostraron (en base a entrevistas estructuradas a hijo(as) respecto de su sentimiento acerca de ser hombre o mujer, cuestionarios sobre escalas de lo masculino y femenino, entre otros), que no habían alteraciones significativas entre estos y los criados por parejas heterosexuales.¹⁴⁶ Otro estudio, algo más reciente, que se basó en

<<https://pdfs.semanticscholar.org/2d15/c0af3942fc42042365e4316e4b59381ea30c.pdf>>

¹⁴⁴ BAILEY J. M, BOBROW D, WOLFE M, MIKACH S. (1995). Sexual orientation of adult sons of gay fathers. *Developmental psychology*, 31(1), pág. 124; GOLOMBOK S, TASKER F, MURRAY C, (1997). Children raised in fatherless families from infancy: Family relationships and the socioemotional development of children of lesbian and single heterosexual mothers. *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 38(7), págs. 783-791; y uno de los más influyentes, STACEY J, BIBLARZ T, (How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?. *American Sociological Review*, Vol. 66, No. 2, April 2001. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=276907>>

¹⁴⁵ “Tal vez los porcentajes reales de orientación del deseo sean iguales a los de la población general, pero los hijos e hijas de personas heterosexuales con deseos homoeróticos tienen mayor probabilidad de reprimirlos. Además no es descartable que el aprendizaje social también haya jugado un papel en aquellos chicos y chicas con una orientación menos definida ‘a priori’”. RUIZ S.A, “Necesidades infantiles y adolescentes en familias homoparentales. Un análisis desde la perspectiva de los padres y madres”, Tesis para obtener el grado de doctor, Universidad Autónoma de Madrid, 2014, pág. 39.

¹⁴⁶ Estas son las conclusiones: “La presente revisión no reveló pruebas de que los hijos de madres lesbianas difieran de otros niños en cuanto a ajuste emocional, preferencia sexual, estigmatización, comportamiento de rol de género, ajuste de comportamiento, identidad de género o funcionamiento

la elección de juguetes de 106 niños(as) cuyos padres eran dos hombres, dos mujeres o parejas heterosexuales, mostró que la identidad de género de los niños no depende de su composición familiar.¹⁴⁷¹⁴⁸

3.10.1.4 Los hijos(as) de parejas del mismo sexo ¿tienen más riesgo de sufrir abusos sexuales?

Finalmente, otro temor que se instaló en parte de la opinión pública era de si los NNA criados por parejas del mismo sexo eran más propensos a sufrir abusos sexuales. Al respecto, varios estudios han evidenciado que los NNA criados no tienen mayor probabilidad de sufrir abusos sexuales que los hijos(as) de parejas heterosexuales. Aunque es difícil llegar y decir el porcentaje de niños abusados dentro de una familia homoparental y una heteroparental, hay maneras de

cognitivo. Los estudios informaron hallazgos sorprendentemente similares a pesar de la variedad de enfoques conceptuales y metodológicos. En resumen, los hallazgos apoyan la idea de que se debe permitir que las mujeres lesbianas sean consideradas adecuadas para su adopción. Para los hombres, hay muy pocos estudios para proporcionar evidencia sustantiva, aunque lo mismo es probable para ellos.” ANDERSSON N, AMLIE C, YTTEROY E. A, Outcomes for children with lesbian or gay parents, *Scandinavian Journal of Psychology*, 2002, 43, 335–351. A review of studies from 1978 to 2000.

¹⁴⁷ Primero se observaron los juguetes que eligieron durante la época preescolar y después cuando ya estaban en el colegio. El resultado principal fue que el tipo de familia no incidió en la identidad de género de los niños, entendiendo por ello que la mayoría se ajustó a los estereotipos tradicionales de lo que entendemos como juguete de niño y de niña. Sin embargo, los hijos de madres lesbianas eran menos masculinos en su comportamiento de juego que los hijos de padres homosexuales e hijos de padres heterosexuales”. GOLDBERG A, KASHY D, SMITH J, (2012b). Gender-typed play behavior in early childhood: adopted children with lesbian, gay, and heterosexual parents. *Sex Roles* 67, 503–515.

¹⁴⁸ Misma conclusión a la que llegó otro estudio en 1997 de BREWAEYS A, PONJAERT I, VAN HALL E. V, GOLOMBOK S, Donor insemination: child development and family functioning in lesbian mother families., *Human Reproduction*, Volume 12, Issue 6, Jun 1997, Pages 1349–1359, <<https://doi.org/10.1093/humrep/12.6.1349>>

acercarnos al dato, que avalan la tesis de que no sufrirían mayor abuso.¹⁴⁹ También, la Asociación Psicológica Americana, en una sección de asuntos públicos, en que responde en idioma castellano las inquietudes más frecuentes sobre las personas gays, lesbianos o bisexuales, señala que “no hay evidencia científica que respalde el temor de que estos niños sean abusados por sus padres gay o madres lesbianas, o por las amistades o personas conocidas de sus padres o madres que sean gay, lesbianas o bisexuales”.¹⁵⁰ A pesar de lo anterior, existen otros muestreos estadísticos que con el respaldo y rechazo de distintos sectores académicos, han arrojado una incidencia mayor de abuso en tipo de uniones con madres lesbianas y padres gays.¹⁵¹

3.10.2 Tratamiento legal de la adopción homoparental en el derecho comparado

¹⁴⁹ En esta recopilación de información de un hospital de niños en donde dieron con 352 pacientes que llegaron por la sospecha de haber sido víctimas de un abuso sexual. La edad promedio era de seis años y esto fue con lo que se encontraron, que del total (352), 35 niños en verdad nunca habían sido abusados sexualmente, 74 fueron víctimas de abuso sexual por parte de otros menores de edad, en 9 casos el abusador no pudo ser identificado y en 2 oportunidades el victimario era homosexual. En el resto de los 222 casos, quien había abusado sexualmente del menor correspondía a alguien heterosexual cercano a la familia. JENNY C, ROESLER T. A, POYER K. L, Are Children at Risk for Sexual Abuse by Homosexuals?, Pediatrics, Jul 1994, 94 (1) 41-44.

¹⁵⁰ Respuestas a sus preguntas PARA UNA MEJOR COMPRESIÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA HOMOSEXUALIDAD, Asociación Psicológica Americana. Fuente: <<https://www.apa.org/topics/lgbt/answers-questions-so-spanish.pdf>>

¹⁵¹ Los hijos(as) de familias de madres lesbianas (ML) tenían un 23% de probabilidades de ser tocados sexualmente, frente al 2% de las familias biológicas intactas (FBI) (6% los hijo(as) de parejas gay (PG)). De igual modo, los hijos de hogares de PG resultan tres veces más probables de ser forzados a sexo comparados con los hijos de hogares FBI. En porcentajes, el 31% de ML habían sido forzados a sexo involuntario, el 25% de los provenientes de hogares de PG y el 8% de aquellos criados en hogares. RENGNERUS M, Ob. cit.

La posibilidad de que este tipo de familias pudiesen adoptar, empezó tímidamente con reconocimientos simbólicos a las parejas del mismo sexo, siendo un caso bien emblemático el de Ayala Rifo y niñas, vs Chile, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en que se condenó al Estado de Chile por discriminación y violación al Pacto de San José, ya que la expresión de la opción sexual de la madre no debía ser un antecedente relevante para determinar su idoneidad como titular del cuidado personal de sus hijas.¹⁵² Sin embargo, cada país vecino vivió su proceso de modo diferente, con algunas cosas en común, por lo que pasaremos a revisar algunos de ellos.

3.10.2.1 México

En el caso mexicano, el año 2009 comenzó un debate acerca del verdadero concepto de familia, y en diciembre de ese mismo año, el Pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, aprobó la reforma del Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo, llegándose a la conclusión de que este derecho no debe ser restringido por causa de la orientación sexual. Con ello también vino una reforma en el Código Civil Federal que permitió a los cónyuges y convivientes del mismo sexo el poder adoptar.¹⁵³ Hasta la fecha, son 15 los estados que cuentan con matrimonio

¹⁵² Fuente: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

¹⁵³ Artículo 391. Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de los cónyuges o concubinos cumpla el requisito de

igualitario y por ende la posibilidad de adoptar,¹⁵⁴ en que también jugó un rol preponderante las resoluciones de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación.¹⁵⁵

3.10.2.2 Argentina

En el país trasandino también vivió una apertura paulatina. En 2003 el Juzgado de Primera Instancia de Familia Cuarta Nominación de la Provincia de Córdoba, al resolver sobre un caso en el que una ciudadana reclamaba judicialmente la guarda de sus dos hijos menores, cuya custodia era del padre, argumentó que: “la conducta no convencional del padre de los menores quien convive con su pareja del mismo sexo en habitaciones separadas, no resulta contraproducente ni pone en riesgo el desarrollo de sus hijos, toda vez que el modo de vida y las convicciones religiosas, políticas o ideológicas solo pueden juzgarse cuando inciden de manera negativa en el desarrollo de los menores”.¹⁵⁶

la edad a que se refiere el artículo anterior (25 años), pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años cuando menos. Se deberán acreditar además los requisitos previstos en las fracciones del artículo anterior.

¹⁵⁴ Fuente:

https://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_M%C3%A9xico

¹⁵⁵ Al decidir sobre una Acción de Inconstitucionalidad en febrero de 2010 promovida por el Procurador General, con el fin de solicitar la nulidad de normas en el Código Civil Federal por vincular las preferencias sexuales a los requisitos de la institución de matrimonio: La existencia de matrimonios y familias con miembros homosexuales, ni impulsa ni prohíbe, ni mucho menos excluye la continuación y crecimiento de las familias heterosexuales. No se trata de destruir a la familia, sino de enriquecer su contenido, de reconocer su variedad, de hacer posible la unión de personas para cuidarse, quererse, protegerse y tener vida en común.

¹⁵⁶ CHAPARRO L.J, GUZMÁN Y.M, (2017). Adopción homoparental: Estudio de derecho comparado a partir de las perspectivas de los países latinoamericanos que la han aprobado. *Revista CES Derecho*, (8), 2, 275.

Posteriormente en 2008 empezó un fuerte debate sobre la posibilidad de que las personas del mismo sexo pudiesen adoptar, que culminó el 5 mayo 2010 cuando de la Cámara de Diputados aprobó un proyecto de ley modificatorio del Código Civil que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción, con los mismos requisitos exigidos para las parejas heterosexuales.¹⁵⁷ De este modo, desde la fecha señalada, en Argentina las parejas del mismo sean cónyuges o convivientes pueden adoptar.¹⁵⁸

3.10.2.3 Brasil

El caso de Brasil es más singular. El Código Civil brasileño no hace ninguna mención respecto al sexo de los padres adoptantes, por lo que se había interpretado como “lo que no está prohibido, está permitido”. Las personas homosexuales comenzaron por acceder a la crianza de un menor mediante monoparentalidad a través de la guarda única del menor (en portugués *guarda única da criança*), y en varios casos terminaban criándolos en conjunto con su pareja.¹⁵⁹ La adopción homoparental propiamente tal, había sido concedida en algunos tribunales federales, sin embargo, como no había un criterio único y

¹⁵⁷ La Cámara de Diputados de Argentina aprueba el matrimonio gay, a falta del apoyo del Senado, Fuente: https://elpais.com/sociedad/2010/05/05/actualidad/1273010404_850215.html

¹⁵⁸ Código Civil y Comercial de la Nación, Artículo 599 inc. 1: Personas que pueden ser adoptantes El niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona.

¹⁵⁹ CHAPARRO L.J, GUZMÁN Y.M (2017). Ob. cit. Pag. 276.

orientador, dependía de la decisión de cada juez.¹⁶⁰ Sin embargo, el paso histórico se daría en 11 de noviembre de 2005 en la ciudad de Bagé, Estado de Rio Grande do Sul, en el que un juez de la Niñez y la Juventud, concedió a una pareja de lesbianas la adopción de dos hermanos, siendo el primer fallo que concedió una adopción de este tipo.¹⁶¹ Desde esa fecha, varios otros estados del país han reconocido la homoparentalidad.

3.10.2.4 Uruguay

El proceso de apertura en Uruguay comenzó el 2008 con la equiparación de los derechos y obligaciones del matrimonio tradicional con los de las parejas que convivían por al menos 5 años.¹⁶² Posteriormente, el año 2009 se aprobó la Ley 18.950 por la cual se modifican las disposiciones relativas a la adopción como parte de una modificación al Código de la Niñez y la Adolescencia. El nuevo texto legal aplicó una perspectiva inclusiva que ubica en igualdad de oportunidades a los sujetos, respetando su orientación afectivo-sexual y la identidad de género.¹⁶³ La culminación de este proceso llegó en el año 2013, con la promulgación de la ley 19.075, que otorgó idénticos derechos en materia de adopción (y

¹⁶⁰ Idem.

¹⁶¹ En aquella oportunidad el juez descartó la posibilidad de que la convivencia de los menores con personas homosexuales pudiese influir en su opción sexual, toda vez que, si ello fuera verdadero, no existirían personas homosexuales dentro de familias constituidas por personas heterosexuales. CHAPARRO L.J, GUZMÁN Y.M (2017). Ob. cit. Pag. 276.

¹⁶² La Ley 18.246 entró en vigencia el 10 de enero de 2008.

¹⁶³ CHAPARRO L.J, GUZMÁN Y.M (2017). Ob. cit. Pag. 277.

reproducción asistida) tanto a las parejas heterosexuales como homosexuales, equiparando los derechos y obligaciones sin importar la orientación sexual o identidad de género.

3.10.2.5 Colombia

El caso de Colombia se asemeja al de Brasil, ya que la apertura hacia estas nuevas formas de familia y la adopción homoparental en particular, fue gracias a que hubo un cambio paulatino en el criterio interpretativo plasmado en varios fallos emblemáticos de la Corte Constitucional de dicho país.¹⁶⁴ Al inicio, se partió por reconocer que la definición de familia en el artículo 42 de la Constitución de dicho país era compatible con las otras formas de familia (Sentencia C-577 de 2011 y T-276 de 2012), dándole cabida a las uniones homosexuales. Posteriormente en otra sentencia de la Corte, (Sentencia C-071 de 2015) se estableció que las parejas del mismo sexo sólo pueden adoptar cuando la solicitud recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente.¹⁶⁵ Finalmente, en el mismo año, se permitió que las parejas del mismo sexo adoptasen

¹⁶⁴ CHAPARRO L.J, GUZMÁN Y.M (2017), Ob. Cit. Págs. 281-292.

¹⁶⁵ Anteriormente en 2014 había fallado en un caso concreto argumentando que, “[c]uando la autoridad administrativa excluye la posibilidad de la adopción por consentimiento con fundamento en el carácter homosexual de la pareja requirente, vulnera los derechos de todos ellos a la autonomía familiar y a tener una familia, por cuanto se desconoce, sin razón que lo justifique, la existencia de un arreglo familiar en el que el menor, por voluntad de su padre o su madre biológicos, comparte la vida con el compañero o compañera del mismo sexo de aquél, y en el que se conforma un vínculo sólido y estable entre ellos, a partir del cual el adulto ha asumido las obligaciones y deberes asociados al vínculo filial”. (Corte Constitucional colombiana, 2014). Fuente:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/SU617-14.htm>

conjuntamente (Sentencia C-683 de 2015). A juicio de la Corte, la prueba científica y los criterios judiciales en otras partes del globo, demostraban que no se ponía en riesgo el interés de los menores por la homosexualidad de los padres.¹⁶⁶

3.10.2.6 España

Finalmente, en el caso de España, la Ley sobre Regulación de Técnicas de Reproducción Asistida,¹⁶⁷ abrió de facto la posibilidad de establecer la homoparentalidad de forma legal, pero teniendo que ocultar la orientación sexual en muchos casos dada la discriminación que aún existía. Posteriormente, desde la década de los 90 en adelante, en que empezaron a regularse las uniones de hecho en diferentes Comunidades Autónomas de España, también pudo otorgárseles en algunas de éstas, el derecho a adoptar.¹⁶⁸ La etapa culmine de este proceso, vino con la entrada en vigencia de la ley que permitió las uniones matrimoniales del mismo sexo el 3 de julio de 2005, convirtiendo a España en el tercer país del mundo en aprobarla. Así, la adopción de parejas del mismo sexo

¹⁶⁶ CHAPARRO L.J, GUZMÁN Y.M (2017), Ob. Cit. Pág. 290.

¹⁶⁷ Ley 35/1988, de 22 de noviembre.

¹⁶⁸ La primera de ellas fue en la Comunidad Autónoma de Cataluña ley 10/1998 el 23 de julio, pero estableciéndose una diferencia entre las uniones heterosexuales y homosexuales: estas últimas no podían adoptar en conjunto (en 2005 se deroga el artículo 6 que establecía esta diferenciación). La ley 6/2000 de la Comunidad Autónoma de Navarra promulgada el 3 de julio, fue la primera que no estableció diferencia por ambos tipos de uniones (art. 8). MATA DE ANTONIO, J. M, "*Parejas de hecho ¿equiparación o discriminación? análisis de la normativa autonómica*", Acciones e investigaciones sociales, ISSN 1132-192X, Nº 14, 2002, págs. 187-254. <https://doi.org/10.26754/ojs_ais/ais.200214218>

puede realizarse bien cuando están casadas o si tienen una relación análoga de afectividad a la conyugal.¹⁶⁹

3.10.3 Tratamiento nacional y postura al respecto

En nuestro país, la adopción en conjunto por parejas del mismo sexo no cuenta con un marco jurídico. Así se desprende de la simple lectura de los artículos 20 y 21 de la ley 19.620. En ellos se configura el orden de prelación hasta ahora vigente: los matrimonios con residencia en Chile tienen la primera opción, luego los matrimonios extranjeros, y al final, las personas, viudas solteras o divorciadas (residentes en Chile).¹⁷⁰ Lamentablemente, en el 2015, en el marco de la discusión del Acuerdo de Unión Civil (AUC), no se pudo consensuar la inclusión de éstas en el orden de prelación mencionado arriba (lo que esperamos sea revertido en el actual proyecto de Reforma Integral al Sistema de Adopciones que venimos comentando, en el que ahondaremos más adelante).¹⁷¹

Los dos supuestos de adopción en que pueden estar involucradas las parejas unidas por AUC, son la adopción por integración y la adopción propiamente tal.

¹⁶⁹ Código Civil Español, art. 175, apartado 4.

¹⁷⁰ La posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan ejercer una paternidad solo se puede dar de manera oblicua: de forma natural, técnicas de reproducción asistida o adopción en solitario en el caso de las mujeres, y en de los hombres solo los que adopten en solitario. Es decir, varios caminos, pero sin el debido reconocimiento legal.

¹⁷¹ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley 20.830.

Como ambas parten de escenarios distintos, nos parece que también requieren una justificación distinta.

En la adopción por integración, la necesidad de una regulación parece más urgente, y trataremos de exponer porque los niños(as) terminan siendo los más afectados. Supongamos el caso de una persona con hijo(s), que se ha contraído AUC con otra persona de su mismo sexo. Más allá del debate científico, de si es perjudicial o no para el menor, tener como padres a dos personas del mismo sexo (ya que hay argumentos más a favor que en contra para afirmar que no sería tan o más perjudicial), ¿Qué razón o motivo de peso hay para no otorgar seguridad jurídica a este nuevo escenario, mediante reconocimiento legal del menor (en el caso de que tenga una sola filiación reconocida) o por adopción por integración? Aceptar lo anterior solo reportaría beneficios. Por ejemplo, garantiza la custodia de uno de los padres en caso de fallecimiento e incapacidad del otro: si no hay ningún vínculo jurídico que una filialmente al menor con el conviviente sobreviviente de su padre o madre, también podría quedar en indefensión en los supuestos mencionados. Algo similar sucede para los casos de separación o divorcio: es un derecho del niño mantener relaciones con ambos padres (a la figura que el niño reconozca como padre o madre), si no hay parentesco, no existe el deber-derecho de mantener una relación directa y regular con el menor. Permitiendo este tipo de adopción, también se estaría resguardando su derecho a la identidad: llegará un momento en que el niño tenga el suficiente discernimiento para percatarse de que la persona que ve como padre o madre,

no es reconocida así por el mundo que lo rodea (instituciones y personas). No se requiere de mucho esfuerzo mental para predecir los problemas en la personalidad o comportamiento del NNA, o el estigma y la discriminación que eso pudiese acarrearle en sus esferas más cercanas. Finalmente y no menos importante, también accedería a beneficios en salud (al volverse carga), alimentos y derechos hereditarios. Entonces, dadas esas razones ¿de verdad sería tan perjudicial, para el ordenamiento jurídico, el reconocer a esa otra figura paterna o materna? La psicología más elemental indica que el menor no tiene problema en tomar como figuras paternas o maternas, a personas cercanas, ya sean tíos(as), primos(as) o hermanos(as), incluso pueden ser hasta profesores(as) ¿Se está negando esta posibilidad solo por la orientación sexual de esas personas? El derecho a la igualdad de trato en las mismas condiciones (con consagración constitucional), es a lo primero que suele echarse mano cuando se expone esta clase de discordancias (para nosotros, es más bien complementario, el principal siempre será interés superior del niño), y acá no debería ser la excepción.

Negar la adopción en el caso anterior es negar la certeza jurídica de un vínculo ya acaecido. Dicho de otro modo, si bien el interés del niño es lo que debe primar siempre, no se puede llegar al absurdo de obligar a alguien -con orientación homosexual- a convivir y formar familia con una persona del sexo opuesto porque aquello sería lo mejor para el menor (se estaría además pasando a llevar el derecho a la libertad). La tarea del legislador, es fortalecer una familia

que ya existe, tal como obliga el mandato constitucional, respetar la igualdad ante la ley y asegurar derechos al NNA.

Por el contrario, la adopción en conjunto por parte de personas del mismo sexo, entrega una perspectiva algo distinta. La sociedad, a través de su legislador, ha establecido un orden de prelación y requisitos más específicos para cada uno de los postulantes que en el caso de la adopción por integración. Aquí se busca el ideal. No se trata (como en el caso anterior) de reconocer la realidad de una familia en marcha, sino de principalmente darle al niño - susceptible de ser adoptado- **el mejor escenario posible para el restablecimiento de sus derechos**. Un leve acercamiento, para entender mejor esta problemática, sería primero preguntarse porque el legislador ha establecido un orden de prelación, y prefiere a parejas (hombre y mujer) que a personas en singular ya sean hombres o mujeres. Es relevante mencionarlo (antes de hablar de la adopción homoparental propiamente tal) porque aunque parezca obvio la ausencia de la figura paterna o materna durante las distintas etapas de vida de un NNA (aparte del impacto doméstico y económico), implica no tanto un perjuicio o daño palpable, sino ciertas desventajas para el menor, que van desde su comportamiento social, su identificación sexual, confianza, apego, entre otros.¹⁷² Se ha demostrado que ambas figuras (femenina/masculina) fortalecen

¹⁷² SULLINS D. P, Ob.cit. p. 102-103; McLANAHAN S, SANDEFUR G, 1994, *Growing up with a single parent: What hurts, what helps*. Harvard University Press; y RENGNERUS M, Ob. cit., p. 761.

distintos aspectos en la personalidad del niño(a).¹⁷³ Esto no quiere decir que una persona criada por un solo padre o madre no pueda tener igual o mejor desarrollo material, social y espiritual, que uno criado por sus dos padres biológicos. Solo que, sencillamente, la crianza en conjunto por estos últimos siempre será más beneficioso para el niño en términos estadísticos.¹⁷⁴ Seguidamente, podría decirse que para un niño que ha sido declarado susceptible de adopción, y que probablemente ha pasado por un proceso difícil de separación, abandono, o vivido situaciones traumáticas como violencia y abuso, aquellas “futuras desventajas” serían el menor de sus problemas. Tal vez, llegado cierto momento entre el abandono, cesión u orfandad y la adopción del menor, sean difíciles subsanar esas carencias, y la tarea para cualquier tipo de familia sea un trabajo arduo de mucho aprendizaje (y por ello que los padres adoptivos requieren de apoyo real: recibirán niños y niñas fracturados, dañados, que necesitan un esfuerzo extra).¹⁷⁵ Habiendo dicho todo lo anterior ¿podrían ser las uniones homosexuales un término medio -en el orden de prelación- entre estas dos formas potenciales de adoptantes, la pareja casada heterosexual y la conformada solo por personas solteras, viudas o divorciadas?.

¹⁷³ FITZGIBBONS R. P. (2015). Growing up with gay parents: What is the big deal?. *The Linacre quarterly*, 82(4), 332–336. doi:10.1179/0024363915Z.000000000120.

¹⁷⁴ RENGNERUS M, Ob Cit., p. 761.

¹⁷⁵ “Ser adoptado duplica aproximadamente las probabilidades de tener contacto con un profesional de la salud mental y de tener un trastorno de conducta disruptiva”, como se cita en SULLINS D. P, Ob.cit., p. 102.

Aunque muchos de los supuestos riesgos y/o desventajas de los niños criados por parejas del mismo sexo son el resultado de estudios con autoridad, también es un hecho indesmentible que los hijos adoptivos siempre serán más propensos a sufrir problemas psicológicos y de comportamiento que los criados por ambos padres biológicos (no adoptados), pero –aquí lo importante- **menos que los NNA en residencia o institucionalizados** (en las familias homoparentales, a lo sumo puede haber un solo progenitor).¹⁷⁶ Con todo, no se ha podido comparar aisladamente a hijos de familias adoptivas heterosexuales versus hijos las familias adoptivas homosexuales, probablemente no se ha levantado un grupo lo suficientemente grande para obtener diferencias sustanciales. Solo sabemos (como mencionábamos), que los NNA adoptados en general presentan más desventajas que el resto.

Por lo anterior, podría llegarse al consenso de que cualquier NNA va a estar mucho mejor en un hogar donde le brinden atención y afecto, que dentro de alguna de las instituciones del Estado, por muchos esfuerzos que se hagan.¹⁷⁷ Si los procesos son largos, y la estadía de los niños se extiende más allá de lo aconsejable, parece razonable que para aminorar las secuelas de aquella pasada, se permita que más parejas puedan acceder a reestablecer los derechos

¹⁷⁶ SÁNCHEZ-SANDOVAL Y, y PALACIOS J, 2012, “Problemas Emocionales y Comportamentales en Niños Adoptados y No Adoptados”, *Clinica y Salud* vol.23 no.3 Madrid nov. 2012. Disponible en: <https://journals.copmadrid.org/clysa/art/cl2012a14>

¹⁷⁷ Ya hemos discutido al comienzo del capítulo II, el desprestigio y la falta de recursos, en que cayó el organismo encargado y sus instituciones colaboradoras.

de esos NNA. Esta clase de familia, empíricamente hablando, ha demostrado tener todas las herramientas para crear un clima apto para la educación y crianza de NNA,¹⁷⁸ y enfrentarán un desafío igual de enorme que el de las parejas de distinto sexo.

¿Qué más frena la inclusión de estas familias en el catálogo de potenciales adoptantes? Durante la discusión en la comisión de la Reforma Integral al Sistema de Adopciones, se debatió si el AUC era un contexto adecuado para el NNA, principalmente porque frente al contrato matrimonial se veía una institución mucho más frágil.¹⁷⁹ Se argumentó que el AUC no gozaría de la estabilidad necesaria porque —entre otras cosas— no establece derechos ni obligaciones para sus contrayentes, como en cambio sí lo hace el matrimonio. Además, la forma de disolución de estos últimos es más compleja (engorrosa si se quiere) lo que le daría más seguridad. Por el contrario, los AUC serían más inestables ya que pueden disolverse de manera unilateral, sin el requisito de los plazos (mucho menos de una declaración judicial).¹⁸⁰

¿Habría que conceder entonces que las parejas que han celebrado un AUC son en general más inestables o menos rígidos, por su sencilla forma de

¹⁷⁸ El mismo Sename en 2016 declaró como idónea para adoptar a una pareja lésbica. Fuente: <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/infancia/sename-declaro-idonea-para-adoptar-a-una-pareja-lesbiana/2016-06-01/155819.html>

¹⁷⁹ Comisión Permanente de Familia y Adulto Mayor, PERÍODO LEGISLATIVO 2014-2018, LEGISLATURA 363ª, Actas de la sesiones N° 34,35 y 36, ordinaria.

¹⁸⁰ Conviene decir que esta discusión se dio en el momento en que, si bien se había publicado La Ley 20.830 sobre AUC, aún no entraba en vigencia, por lo que no se tenían estadísticas de su aplicación.

disolución y porque no establecen derechos y deberos recíprocos a ambas partes? Hasta noviembre de 2018 se habían producido aproximadamente 17.500 uniones civiles (un 20 a 23% corresponde a parejas del mismo),¹⁸¹ y disoluciones, cerca de 2.600 (un 26% de aquellas era porque los convivientes contrajeron después matrimonio).¹⁸² Es decir, redondeando las cifras, cerca de un 11% de las personas que han pactado el AUC -desde que se implementó- han disuelto su vínculo. No son cifras tan malas para una institución que se prejuzgó y calificó a priori como inestable, incluso comparados con los divorcios de esa u otra fecha.¹⁸³ Esto parece indicar que a pesar de las diferencias entre estas instituciones, ambas pueden ser escenarios estables para acoger NNA. Con todo, si el temor de un grupo es que las características del AUC no dan la estabilidad requerida, se debería derechamente instaurar el matrimonio igualitario, eso despejaría tales aprensiones. Lamentablemente los motivos son otros, aunque no quieran reconocerse.

3.10.4 Mantener el orden de prelación

¹⁸¹ Datos Registrales con Enfoque de Género. Fuente:
http://www.registrocivil.cl/PortalOI/transparencia/DatoInteresCiudadano/Datos_Registrales_por_Genero_2017_1.pdf

¹⁸² Una de cada cuatro parejas de distinto sexo que disolvió el AUC fue para contraer matrimonio: Fuente: Emol.com - <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2018/12/21/931555/Una-de-cada-cuatro-parejas-de-distinto-sexo-que-disolvio-el-AUC-fue-para-contraer-matrimonio.html>

¹⁸³ Datos Registrales con Enfoque de Género, Fuente:
http://www.registrocivil.cl/PortalOI/transparencia/DatoInteresCiudadano/Datos_Registrales_por_Genero_2017_1.pdf

Por todas estas razones, nos parece que las parejas del mismo sexo debiesen ser incluidas como un destino alternativo a los matrimonios, pero manteniendo un orden de prelación; si los estudios citados más arriba (Regnerus 2012 y Sullins 2015) coinciden en que la familia biológica intacta es el mejor escenario para el niño, lo lógico sería tratar de imitar dicha dualidad. Incluso, si asumiéramos (o concediéramos) que la crianza homoparental no trae aparejado más problemas y/o desventajas para los NNA que los propios de cualquier otro menor adoptado, creemos que sigue siendo más ventajoso para ellos el preferir (idealmente) un contexto en donde se encuentren la figura paterna y materna clásica, aunque este enfoque tienda a ser rechazado por los sectores más progresistas. Estos últimos tienden a desconocer esto último porque ven a lo masculino y femenino netamente como una construcción social impuesto por la familia, el patriarcado, o el heteronormativismo, etc.,¹⁸⁴ Como para ellos la diferenciación entre hombres y mujeres es tan solo morfológica, -y ni hablar de la fuerza física-, los roles son cien por ciento intercambiables, y por tanto daría lo mismo el sexo de las personas encargadas de llevar a cabo la tareas de crianza. Esto subestima demasiado las diferencias biológicas físicas y conductuales que inclinan estadísticamente a hombres actuar de una manera y a las mujeres de otra, moldeadas durante millones de años (en palabras de David

¹⁸⁴ Dicho de otro modo, el género sería en un cien por ciento construcción social. O, como se ha llegado a afirmar, “es tan arbitrario el género que puede oponerse incluso a la base fisiológica” (MILLET K, Política Sexual, Madrid, Cátedra, 1995, p. 78). Una curiosa arbitrariedad presente en el 99% de la población mundial.

N. Stamos, “[e]l temor no explicitado es que si las diferencias de género, son realmente una cuestión biológica, entonces la justicia no es posible”).¹⁸⁵ Ignoran estas inclinaciones naturales (queremos remarcar lo de estadísticas) ampliamente documentadas como la influencia de las hormonas sexuales,¹⁸⁶ o más actuales, como la diferencia entre los cerebros de hombres y mujeres,¹⁸⁷ porque serían una clase de manipulación hecha desde los círculos científicos dominados en su mayoría por hombres o que por el hecho de ser “naturales” habría un determinismo biológico en ello (el desconocimiento está en creer que una mayor probabilidad de conducta de uno u otro sexo, lleva implícitamente la inamovilidad de esa conducta).¹⁸⁸ Por lo anterior, si bien estamos de acuerdo con la incorporación de nuevos tipos familiares en el catálogo de posibles adoptantes, nos parece que el mejor escenario -a priori, ante varias alternativas- siempre será el de una pareja estable heterosexual, no solo porque se asemeja más a la familia biológica intacta, sino porque además la diferencia de sexo¹⁸⁹ entre los adoptantes, entregaría un espectro mayor de fortalezas al desarrollo de los NNA, quiéranlo o no, ambos sexos se complementan.¹⁹⁰ Es el mismo óptimo

¹⁸⁵ STAMOS D. N, “*Evolución: los grandes temas*”, Mataro, España, 2008, p.180.

¹⁸⁶ Idem, p. 190.

¹⁸⁷ Idem, p. 195.

¹⁸⁸ Desarrollar esta otra veta argumentativa excede los límites de esta memoria. Diferencias estadísticas conductuales en base a la selección sexual entre hombres y mujeres, pueden ser también halladas obras de autores como David M. Buss, “*La Evolución del Deseo*”, Jared Daimond, “*¿Por qué es tan divertido el sexo?*”, hasta Richard Dawkins, “*El Gen Egoísta*”.

¹⁸⁹ No tiene mucho sentido hablar de sexo versus género, cuando en la práctica la coincidencia entre ambos es de casi el 99.5%: la mayoría de las personas que nacen con el cromosoma XX, se identifican como mujeres, y la mayoría con el cromosoma XY se identifican como hombres.

¹⁹⁰ Lo mencionábamos más arriba a propósito de la ausencia paterna o materna. FITZGIBBONS R. P. (2015). Ob. Cit. Sin bien los roles de género son flexibles, nos plantea serias dudas hasta que punto estos modelos

que se tiene en consideración cuando se prefiere un matrimonio, que a una persona soltera, viuda o divorciada. Con todo, esta preferencia es *ex ante*, bien podría ser alterada luego del examen de idoneidad de los postulantes o bien ser innecesaria en el caso de no haber más interesados en adoptar al menor.

Finalmente, aún es una incógnita si se aceptará la inclusión de este tipo de familias, pero al menos ya hay una posibilidad.¹⁹¹ Con ello, deberán replantearse probablemente las pautas para otorgar certificados de idoneidad, a la vez de tener mucho cuidado en no anteponer prejuicios frente a las solicitudes que presenten este nuevo tipo de adoptantes.

3.11 Otros cambios y avances que trae Proyecto Ley

Para cerrar, mencionaremos otros aspectos en que innova el Proyecto de ley, en lo referido a procedimiento que no se encuentran presentes en la actual ley de Adopción.

pueden ser intercambiables (femenino/masculino, paterno/materno), como llegar a pensar que una mujer (entidad femenina) puede ejercer una figura paterna y viceversa, que un hombre (entidad masculina), pueda ejercer el rol materno. Hombres y mujeres pensamos y actuamos de modo distinto en varios aspectos cotidianos, movidos por una selección natural ancestral, proceso que se remonta hace millones de años.

¹⁹¹ En la discusión en comisión del proyecto de ley, Reforma Integral al Sistema de Adopción en Chile, se aprobó una indicación en el artículo 1 para que, cualquier familia, sin importar su composición, pudiese acoger a un NNA en adopción. COMISIÓN DE FAMILIA Y ADULTO MAYOR, PERÍODO LEGISLATIVO 2018-2022, LEGISLATURA 366ª, Acta de la sesión N° 10, ordinaria. Ahora habrá de verse que sucede en la cámara alta.

3.10.1 Negativa y ausencia injustificada a practicarse exámenes y pericias

El Proyecto de reforma, que busca agilizar más los procesos y evitar que se entrapen, permite presumir legalmente que el NNA es susceptible de ser declarado en adopción “cuando 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.”¹⁹² En el caso de 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 establece una regla similar. Se tendrá por rechazada su oposición dentro del proceso cuando se negaren injustificadamente a la práctica de los exámenes o pericias decretados en la audiencia preparatoria.¹⁹³

3.10.2 Oportunidad para el inicio del procedimiento de adopción

Igual que el punto anterior, para no dilatar el transcurso de tiempo, entre la declaración de adoptabilidad y el proceso de adopción, el proyecto de ley establece un plazo perentorio de 3 meses (prorrogable por otros 3) que ordena

¹⁹² Boletín Nº 9.119-18, art. 22, inc. 1.

¹⁹³ Boletín Nº 9.119-18, art. 22, inc. 2.

al Sename o a los organismos acreditados (cualquiera que haya promovido la declaración de susceptibilidad) presentar la solicitud para iniciar los procedimientos de adopción. En caso contrario, y una vez evacuado sin respuesta el requerimiento de oficio por parte del tribunal a quien corresponda, se archivará dicha causa de adoptabilidad.¹⁹⁴

3.11.1 Efectos de la sentencia definitiva que declara la adoptabilidad

Otra mejora que contiene el proyecto, es lo referido a la regulación de los efectos de la sentencia que declara al NNA susceptible de adopción. Además de la incorporación a un registro, tal como lo hace la ley actual, se señala que se pondrá término al cuidado personal y relación directa y regular a que estuviere sujeto legalmente el NNA respecto de sus padres o familia extendida, o de quienes pudieron haber tenido su cuidado personal.¹⁹⁵ Seguidamente ordena que debe subinscribirse dicha sentencia en la partida de nacimiento del NNA, pero sin que altere por ello su filiación.¹⁹⁶ Finalmente, también se quiere acabar con una indefinición que ha permanecido en la actual ley, quitándole todo efecto jurídico al reconocimiento de maternidad o paternidad que pueda efectuarse

¹⁹⁴ Boletín Nº 9.119-18, art. 29.

¹⁹⁵ Boletín Nº 9.119-18, art. 27, inc. 1.

¹⁹⁶ Boletín Nº 9.119-18, art. 27, inc. 2

después de estar firme y ejecutoriada la sentencia que declara la adoptabilidad.¹⁹⁷

3.10.3 Solicitud de adopción de niños, niñas o adolescentes residentes en el extranjero

Esta también es una novedad que no tiene regulación legal en la actualidad. Básicamente se establece un procedimiento nuevo que permite que las personas residentes en Chile puedan adoptar a algún NNA residente en el exterior. Para ello deberán presentar su solicitud ante el Servicio (Sename) o al organismo acreditado nacional que haya obtenido autorización para operar en el Estado de origen del menor. Se pasan a regular: la forma de dicha solicitud, la autorización para el traslado de los NNA e inscripción de la adopción, los efectos mismos de esta clase de adopción, y los trámites postadoptativos, que tienen como objeto efectuar un seguimiento de dicha adopción.¹⁹⁸

3.10.4 Nuevo y sistematizado catálogo de prohibiciones y delitos

Las actuales sanciones, pasan a dividirse dos categorías: prohibiciones y delitos. Dentro del primer grupo, se establece (como innovación) una restricción referida a la promoción de la tramitación de adopción internacional de los NNA

¹⁹⁷ Boletín Nº 9.119-18, art. 27, inc. 4.

¹⁹⁸ Boletín Nº 9.119-18, art. 58 a 61.

residentes en otro Estado, cuando concurren algunas de los escenarios calificados que describe la ley.¹⁹⁹ De igual modo, también son novedad: la prohibición de promover o facilitar el ingreso a Chile de NNA con fines de adopción de forma contraria a lo establecido en la ley, y; el reconocimiento del NNA por quien no es el padre o la madre biológico, con el objeto de facilitar su posterior adopción por su cónyuge.²⁰⁰

3.10.5 Nuevo orden de Prelación

Finalmente, se alteraría el orden de prelación existente. El proyecto de ley propone que los matrimonios residentes en el extranjero, solo tendrán la posibilidad de adoptar a falta de personas interesadas residentes en Chile.²⁰¹ Evidentemente esto incluiría no solo a los matrimonios residentes en Chile (como lo hace la actual ley) sino además a las personas, solteras, viudas o divorciadas. Respecto al orden de prelación entre personas solteras, viudas o divorciadas y matrimonios (y también convivientes probablemente) residentes en Chile, no hay pronunciación legal, dejándolo a criterio del juzgador. Por lo mismo, nos remitimos a lo dicho anteriormente, al hablar de adopción homoparental.

¹⁹⁹ Boletín Nº 9.119-18, art. 68, letra c).

²⁰⁰ Boletín Nº 9.119-18, art. 68, letra e).

²⁰¹ Boletín Nº 9.119-18, art. 52.

CONCLUSIONES

Visto de modo general, en los últimos años las cifras de la adopción en Chile muestran una baja sostenida del número de enlaces, no así la cantidad de menores que ingresan a los centros o proyectos del Sename y sus organismos asociados, números que mantienen un alza sostenida.²⁰² Como advertimos en el capítulo dos de este trabajo, la disminución en el número de adopciones parecía deberse a un cambio de enfoque por parte de nuestros tribunales, que

²⁰² http://www.sename.cl/wsename/images/anuario_2015_final_200616.pdf, p. 37.

han privilegiado la opción de mantener a los NNA dentro de sus familias de origen o bien en la versión extendida de estas. Si bien no existe una fórmula mágica que señale el equilibrio entre por un lado, los derechos de todo NNA a vivir en un ambiente sano, que le permita un desarrollo integral, y por el otro, el de su familia de origen para criarlo y mantenerlo dentro de su círculo, son rescatables los avances que el proyecto de ley en curso ha propuesto y que hemos tratado de explicar. Partiendo por el objetivo de querer disminuir los tiempos entre la declaración y la adopción, esfuerzo que se constata -por ejemplo- en establecer un plazo en la ley al Sename u Organismo Acreditado que patrocine la adopción, para iniciar el proceso de adopción luego de finalizada la declaración de adoptabilidad, o bien, que se exija una propuesta real y factible de él o los parientes que deseen evitar la declaración de adoptabilidad del menor, de modo de evitar lo que sucede ahora, en que los procesos se estacan -entre otras razones- porque la oposición no necesita fundamentarse y puede ejercerse sin limitación alguna.

Previamente, también quisimos mostrar importante el aporte jurisprudencial que ha servido para construir el ámbito de aplicación de los derechos y principios que fortalecen la adopción. Prueba de ello es que el interés superior del niño, tantas veces mencionado, fue adquiriendo paulatinamente una importancia defendida transversalmente, y que ha vuelto indiscutible el argumento de que NNA deben ser la preocupación central en todos los asuntos en que , incluso por sobre el interés de sus padres. Llevado al plano de la adopción, si bien los

derechos del adoptado se sobreponen a los de los potenciales adoptantes, es destacable -en el nuevo proyecto de ley que analizamos- la incorporación de la prohibición de no-discriminar al momento de solicitar el cuidado personal del niño, niña o adolescente. Misma regla que se aplica dentro del trámite de certificación de idoneidad, lo que transparenta y refuerza los derechos de quienes desean adoptar, cuestión dejada un tanto de lado en leyes anteriores.

Son muchos los desafíos que se constatan al analizar algunas de las cifras que mencionábamos más arriba. Junto con disminuir la extensión de los procesos, el nuevo proyecto de ley también se preocupó de la permanencia de los niños en las familias de acogida o guardadores, en donde vimos que se proponen avances significativos, ante los continuos vacíos que se habían experimentado. Si bien la figura analizada no sufre cambios en sustanciales en su contenido, los guardadores ahora pasarían a tener la posibilidad de adoptar preferentemente a los NNA bajo su cuidado. Esto nos parece un avance sustancial en materia de protección, y sin duda reporta beneficios para todos los involucrados. Es de esperar que con este cambio no sigan ocurriendo más episodios en que los menores son tenidos irregularmente por sus guardadores, u otros, en que la separación de estos con el niño iba en detrimento de su estabilidad emocional y apego.

También, con un impacto que está por verse, es la incorporación de personas mayores de edad como personas que pueden ser adoptadas. Lo anterior

supondrá un esfuerzo en conjunto, y para ellos se necesitarán campañas que visibilicen la realidad de miles de NNA abandonados cuyos problemas no se solucionan tan solo alcanzando la mayoría de edad. Sin embargo, falta por saber si tendrá o no como tope los 28 años de edad que se proponen, cuestión que aún puede enmendarse ya que aquel límite fijado nos parece arbitrario y sin fundamentos de por medio.

Aunque aún falta camino que recorrer, los cambios y mejoras implementados también recogen varias de las problemáticas que se venían discutiendo incluso desde la implementación de la actual ley. La adopción por parte de los ascendientes del menor era otro tópico que siempre se criticó desde algunos sectores, dado que era más conveniente que el restablecimiento de los derechos del menor se efectuara a través del cuidado personal de los abuelos (o bisabuelos), en vez de otorgar la paternidad o maternidad. Afortunadamente el proyecto de ley, omitió mencionarlo como otra forma más de adopción por integración. De todos modos, sería más aconsejable que en futuro derechamente se prohibiera por las razones que analizamos en su momento.

Hubo otras problemáticas, que en cambio quedaron pendientes, como la posibilidad que aún permite la ley de realizar la manifestación de entregar al menor en adopción antes del nacimiento del este. A parte de estar en seria

contradicción con la normativa internacional vigente,²⁰³ creemos que los plazos no consideran la serie de cambios físicos y psicológicos que se producen en una mujer luego de dar a luz, además de las presiones económicas, sociales o familiares a las que podría estar sometida la persona en cuestión. Consideramos que es necesario que transcurra un tiempo razonable como permiten otras legislaciones para poder tomar una mejor decisión en bienestar de ambos, del niño y la madre.

Ya para finalizar, sin duda que dentro de todas las cosas propuestas la que conllevaría un cambio de paradigma más grande es la posibilidad de que parejas del mismo sexo puedan adoptar. Si esta modificación que se pretende logra avanzar hasta el final, la implementación traerá una serie de cambios más allá de la adopción. El vehículo para ello, será permitirles a las parejas que hayan contraído AUC, la opción de adoptar, con ello la filiación dejaría de ser binaria, es decir, de solo un padre y una madre: desde ese momento los NNA podrían tener o dos padres, o bien dos madres. Esto inevitablemente alcanzaría a otras situaciones jurídicas, piénsese por ejemplo en la posesión notoria de la calidad de hijo: trascurrido el tiempo que la ley señala (5 años) más los requisitos ¿podrá otorgársele otra paternidad o maternidad a quien ya posee una inscrita? o ¿podrá

²⁰³ Convención sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional, ratificada por Chile, establece en su artículo 4 que, “[l]as adopciones consideradas por la Convención sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de origen: c) se han asegurado que: 4) el consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño”.

reclamarse la paternidad a quien ya posea dos madres inscritas, o viceversa?

Son escenarios perfectamente posibles.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

CORRAL TALCIANI H, *“Adopción y Filiación Adoptiva”*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

CALCAGNI GONZÁLEZ X, AZOCAR X, *“Adopción: realidades y desafíos”*, Santiago, Editorial Tiberiades, 2000.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS M, *“El Sistema Filiativo Chileno”*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

McLANAHAN S, SANDEFUR G. D, *Growing up with a single parent: What hurts, what helps*. Harvard University Press, 1994.

MILLET K, *Política Sexual*, Madrid, Cátedra, 1995.

RAMOS PAZOS R, "*Derecho de Familia*", T.2, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

STAMOS D. S, "*Evolución: los grandes temas*", Mataro, España, Ediciones de Intervención Cultural, 2008.

UNDURRAGA M, "*La adopción, Procedencia y Procedimiento*", Santiago, Editorial Metropolitana, 2010.

Artículos de Revista

American Psychological Association, *Lesbian and Gay Parenting*, 1995. Disponible en <http://www.apa.org/pi/parent.html>.

ANDERSSON N, AMLIE C, YTTEROY E. A, *Outcomes for children with lesbian or gay parents*, Scandinavian Journal of Psychology, 2002, 43, 335–351. A review of studies from 1978 to 2000.

BAILEY, J. M, BOBROW D, WOLFE M. y MIKACH S, (1995). *Sexual orientation of adult sons of gay fathers*. Developmental psychology, 31(1), pág. 124. Disponible en http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/portal_social/archives/varis006/4.dir/varis0064.pdf

BREWAEYS A, PONJAERT I, Van Hall E.V, GOLOMBOK S, Donor insemination: child development and family functioning in lesbian mother families, *Human Reproduction*, Volume 12, Issue 6, Jun 1997, Pages 1349 1359. Disponible en, <https://doi.org/10.1093/humrep/12.6.1349>

CHAPARRO L.J., GUZMAN Y.M. (2017). Adopción homoparental: Estudio de derecho comparado a partir de las perspectivas de los países latinoamericanos que la han aprobado. *Revista CES Derecho*, (8), 2, 275. Disponible en, <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v8n2/v8n2a05.pdf>

CRAMER D, (1986). Gay parents and their children: A review of research and practical implications. *J Couns Dev*, 64, 504-507.

FERRARI M. "Derecho a la identidad personal". Disponible en, <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/36d9710046e11ed29d189d44013c2be7>

[/Derecho+a+la+identidad+personal.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=36d9710046e11ed29d189d44013c2be.](#)

GARTRELL N, BOS H, *US National Longitudinal Lesbian Family Study: Psychological Adjustment of 17-Year-Old Adolescents*, 2010. Disponible en: <https://pediatrics.aappublications.org/content/126/1/28>

GOLBERG A, KASHY D, SMITH J. (2012b). Gender-typed play behavior in early childhood: adopted children with lesbian, gay, and heterosexual parents. *Sex Roles* 67, 503–515. Disponible en, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3572788/>

GOLOMBOK S, TASKER F. y MURRAY C. (1997). Children raised in fatherless families from infancy: Family relationships and the socioemotional development of children of lesbian and single heterosexual mothers. *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 38(7), págs. 783-791.

JENNY C, ROESLER T. A, Kimberly L. Poyer, Are Children at Risk for Sexual Abuse by Homosexuals? *Pediatrics*, Jul 1994, 94 (1) 41-44.

KOSCIW J.G, DIAZ E. M, *Involved, Invisible, Ignored: The Experiences of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Parents and Their Children in Our Nation's K–12 Schools*. 2008. Disponible en, <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED500474.pdf>

MANNING W.M, FETTRO M.N, LAMIDI E, *Child Well-Being in Same-Sex Parent Families: Review of Research Prepared for American Sociological Association Amicus Brief*, 2014. Disponible en, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4091994/>

MATA DE ANTONIO, J. M, “Parejas de hecho ¿equiparación o discriminación? análisis de la normativa autonómica”, *Acciones e investigaciones sociales*, ISSN 1132-192X, N° 14, 2002, https://doi.org/10.26754/ojs_ais/ais.200214218

MOONEY-SOMERS J, STEVENS M, *Children with lesbian parents: A community study*. *Developmental Psychology*, 2003, Vol. 39, No. 1, 20–33. Disponible en <https://pdfs.semanticscholar.org/2d15/c0af3942fc42042365e4316e4b59381ea30c.pdf>

RENGNERUS M, *How different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structures Study*, *Social*

Science Research, Volume 41, Issue 4, July 2012, Pages 752-770. Disponible en, <http://www.baylorisr.org/wp-content/uploads/Regnerus.pdf>

SÁNCHEZ-SANDOVALI Y, PALACIOS J, *Problemas Emocionales y Comportamentales en Niños Adoptados y No Adoptados*, Clínica y Salud vol.23 no.3 Madrid nov. 2012. Disponible en, <https://journals.copmadrid.org/clysa/art/cl2012a14>

STACEY J, BIBLARZ T, *(How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?*. American Sociological Review, Vol. 66, No. 2, April 2001. Disponible en, <https://ssrn.com/abstract=276907>.

SULLINS D.P, *Emotional Problems among Children with Same-Sex Parents: Difference by Definition* (January 25, 2015). British Journal of Education, Society and Behavioural Science 7(2): p. 105, 2015. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2500537> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2500537>

WAINRIGHT J. L, PATTERSON Ch. J University of Virginia, *Peer Relations Among Adolescents With Female Same-Sex Parents*. 2008, Vol. 44, No. 1, 117–126. Disponible en, <http://people.virginia.edu/~cjp/articles/wp08.pdf>

Tesis y memorias

ALBERDI SOTO I; PAZ MARDONES J, “*Filiación Homoparental: Necesidad de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico a la luz de los Derechos Humanos*”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2016.

HUANQUILEF RIVAS R. A, “*Análisis de la ley 19.620 y de los principales problemas prácticos en su aplicación*”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2015.

RUIZ, S. A, “*Necesidades infantiles y adolescentes en familias homoparentales. Un análisis desde la perspectiva de los padres y madres*”, Tesis para obtener el grado de doctorado, Universidad Autónoma de Madrid, 2014.

Textos legales y leyes

Código Civil

Ley Sobre Adopción de Menores 19.620

Código Civil Peruano

Código de los Niños y Adolescentes de Perú

Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina

Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia

Código Civil Español

Código Civil Francés

Código Civil Italiano

Legge 4 maggio 1983, n. 184 (in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff. n. 133, del 17 maggio). -- Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori.

Sitios en internet

Página web del Sename: <http://www.sename.cl/web/>

Página web oficial de la Unicef: <https://www.unicef.org/>

Página web de la Cámara de Diputados: <https://www.camara.cl/>

Página web del Banco Integrado de programas sociales:
<http://www.programassociales.cl/>

Página web del Instituto Nacional de Estadísticas: <https://ine.cl/>

Página web de la Biblioteca Nacional del Congreso: <https://www.bcn.cl/>

Página web del Registro Civil e Identificación: <https://www.registrocivil.cl/>