



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE PREGRADO
DEPARTAMENTO DE DERECHO
PRIVADO

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA ADOPCIÓN PRENATAL EN CHILE A LA LUZ DE LOS
TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS**

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

ANDRÉS HERNÁNDEZ FIGUEROA

PROFESORA GUÍA: LAURA ALBORNOZ POLLMAN

SANTIAGO, CHILE

Septiembre 2022

En agradecimiento a mis padres y a mi abuela Marta Correa.

TABLA DE CONTENIDOS

SIGLAS Y ABREVIACIONES	6
RESUMEN O ABSTRACT	7
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I: SISTEMA DE ADOPCIÓN CHILENO: DERECHOS Y PRINCIPIOS. DISCUSIÓN EN TORNO A LA ADOPCIÓN PRENATAL.....	11
1.1. CONSIDERACIONES GENERALES.....	11
1.2. EVOLUCIÓN DEL ESTATUTO FILIATIVO DE LA ADOPCIÓN	12
1.3. HISTORIA DE LA LEY N.º 19.620	15
1.3.1. Ingreso del Proyecto de Ley.	16
1.3.2. Primer Informe de la Comisión de Familia: Primer Trámite Constitucional/ Cámara de Diputados.....	17
1.3.3. Primera Discusión en Particular en la Cámara de Diputados.	18
1.3.4. Primer Informe de la Comisión de Familia: Segundo Trámite Constitucional/ Cámara del Senado.....	20
1.3.5. Discusión General del Proyecto de Ley según los Informes emitidos por la Comisión de Familia por el Senado.	21
1.3.6. Segundo Informe de la Comisión de Familia: Segundo Trámite Constitucional/ Cámara del Senado.....	24
1.3.7. Primer Informe de la Comisión de Familia: Tercer Trámite Constitucional/ Cámara de Diputados.....	25
1.3.8. Informe de la Comisión Mixta.....	25
1.4. PRINCIPIOS Y DERECHOS QUE RIGEN EL SISTEMA DE ADOPCIÓN EN CHILE... ..	26
1.4.1. Principio del Interés Superior del Niño.	26
1.4.2. La Subsidiariedad de la Adopción y Prioridad de la Familia Biológica	28
1.4.3. Derecho a la identidad.....	30
1.4.4. Derecho del niño a dar su Opinión y a otorgar su Consentimiento respecto de su Adopción ³²	
1.4.5. Principio de Igualdad y No Discriminación de Niños y Niñas	33
1.4.6. Derecho a ser oído	34
1.5. LA ADOPCIÓN PRENATAL EN CHILE: Ámbito de aplicación, conceptualización, caso de embriones crío-preservados.....	37
1.5.1. Consideraciones generales.....	37
1.5.2. Legislación de la Adopción Prenatal en Chile.....	38

1.5.3. Adopción de embriones crío-preservados	40
CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EL DERECHO COMPARADO QUE REGULAN LA ADOPCIÓN PRENATAL	42
2.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.	42
2.2. CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN)	45
2.3. CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CADH)	47
2.4. LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW).....	51
2.5. CONVENIO DE LA HAYA RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL.....	56
2.6. MARGEN DE LA ADOPCIÓN PRENATAL EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y ARGENTINA	57
2.6.1. Legislación española.....	57
2.6.2. Marco jurídico histórico.....	58
2.6.4. Regulación relativa a la adopción prenatal	60
2.6.5. Doctrina	61
2.6.6. Legislación argentina.....	64
2.6.7. Marco jurídico histórico.....	64
2.6.8. Regulación de la adopción prenatal.....	65
2.6.9. Análisis Jurisprudencial del caso de Adopción Prenatal en Corrientes, Argentina	66
2.6.10. Cuestiones preliminares	66
2.6.11. Identificación de la causa	67
2.6.12. Los Hechos.....	67
2.6.13. El Derecho del caso en análisis	68
2.6.14. Opiniones del caso.....	71
CAPÍTULO III: ¿RESPONDE CHILE AL CUMPLIMIENTO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES PARA INSTAURAR LA ADOPCIÓN PRENATAL?	72
3.1. ¿CUÁL ES LA CALIFICACIÓN NORMATIVA QUE CHILE LE OTORGA A LOS TRATADOS?	72
3.2. ¿Cuál es el rango que posee el artículo 4° letra C) del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional?	76
3.3. La Adopción Prenatal en el boletín 9119-18 o también denominado “Reforma Integral al Sistema de Adopción Chileno”	78
3.3.1. Proyecto de Ley.....	78
3.4. LA APLICACIÓN DE LA ADOPCIÓN PRENATAL EN CHILE, ¿ENCUENTRA SUSTENTO A LA LUZ DE LOS TRATADOS RATIFICADOS?	81
3.5. LEGE FERENDA A LA ADOPCIÓN PRENATAL EN CHILE.....	84

3.6. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN PRENATAL.	85
CONCLUSIONES	87
BIBLIOGRAFÍA	89

SIGLAS Y ABREVIACIONES

CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CEDAW	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
NNA	Niño, Niña y Adolescente
NLMC	Nueva Ley de Matrimonio Civil
CRC	<i>Child Rights Committee</i>
TRHA	Técnicas de Reproducción Humana Asistida
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DDHH	Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional

RESUMEN O ABSTRACT

Junto a la Ley N.º 19.620, cuerpo legal que regula la adopción de niños/as, se instauró en nuestro país de forma inédita y experimental una institución denominada por la doctrina como “adopción prenatal”. Dicha institución se encuentra normada en el artículo 10 inciso segundo, estableciendo que el procedimiento para declarar la susceptibilidad del niño para ser adoptado puede iniciarse antes del nacimiento del mismo, siempre y cuando la madre esté patrocinada por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado por éste.

Los diversos tratados internacionales que regulan los Derechos del Niño, junto a sus trabajos preparatorios, han discutido la calificación jurídica del nonato y los derechos reproductivos de la mujer. A raíz de aquello, es que dichos instrumentos establecen que las adopciones sólo puedan tener cabida cuando el consentimiento de la madre sea exigido únicamente **después del nacimiento del niño**, teniendo las autoridades del Estado la obligación de asegurar dicha actuación.

Sin embargo, nuestra legislación no determinó cuál sería realmente la fuerza vinculante que podría tener el consentimiento de la madre otorgado **antes de que naciera su hijo** ni tampoco introdujo tratativas psicológicas que permitieran concatenar la voluntad continua de la madre de dar en adopción a su hijo durante el período de gestación.

Por lo anterior, esta investigación tiene como objetivo: primero, realizar un análisis de los principios del de derecho de familia y la adopción; luego, con el fin de entender cuál es el ámbito de aplicación que tiene la materia en estudio, se analizarán los distintos tratados internacionales y el derecho comparado para posteriormente ahondar en la tratativa que nuestro país le da a la adopción prenatal.

INTRODUCCIÓN

En la presente memoria se realizará un análisis crítico de la Adopción Prenatal, institución que se encuentra consagrada en el artículo 10 de la Ley N.º 19.620, sobre adopción de menores, el cual estipula:

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

La importancia de realizar un análisis como el que se desarrollará a en esta memoria, parte de la idea central de considerar que, cada vez que nuestro país suscribe y ratifica Tratados Internacionales está contrayendo obligaciones relativas a la materia que contiene cada uno de ellos, en este caso sobre Adopción. Lo cual trae consigo responsabilidades y la idea de legislar materias en pro de lo que se acuerda en caso de no existir leyes al respecto.

La discusión que da curso a este trabajo parte de la observación de la débil y timorata argumentación que nuestros parlamentarios y comisionistas le dieron en nuestro país a la regulación de esta acepción de la adopción, especialmente con la Historia de la Ley N.º 19.620, y también, en el actual proyecto de reforma integral de la Ley en comento, el boletín 9119-18¹.

Junto a lo que se ha venido señalando sobre la constitución de la adopción prenatal en nuestro país, se deberá tener especial apreciación a cómo nuestro ordenamiento jurídico ha regulado a lo largo de los años el estatuto de la Adopción y la filiación adoptiva, para así evidenciar la relevancia que tienen los tratados internacionales sobre la legislación interna de cada Estado-parte.

La legislación de la Adopción comenzó en el año 1934, con la Ley N.º 5.343, demostrando ser una institución a la cual solo podía optarse de manera excepcionalísima, junto a que no contemplaba mecanismos, ni procedimientos acordes a lo que se regulaba en otros códigos e instrumentos legales a nivel internacional, como es el caso del código napoleónico que fue fuente de inspiración de Bello para la creación del Código Civil. Esta Ley no otorgaba el estado civil de hijo al adoptado.

Luego, con la Ley N.º 7.613, se implementó la denominada “adopción contractual” entre adoptante y adoptado, sin otorgarle la calidad de hijo propiamente tal a este último respecto al primero, ya que continuaba teniendo todos los derechos filiativos de su familia biológica.

¹ Mensaje del Ejecutivo. Boletín 9119-18. Mensaje N° 206, Magistratura N° 361. Cámara de Diputados.

Ya a mediados de los años 60', se otorgó al adoptado la calidad de "hijo legítimo" con todo lo que eso implicaba: derechos y obligaciones legales, tales como obediencia y respeto a sus padres. Sin embargo, el cambio paradigmático de considerar al niño, niña y adolescente ahora como sujeto de derechos, estableció abrumadores y agotadores procedimientos de adopción. A continuación, con la Ley N.º 18.703, se modificaron estos latos procedimientos de adopción, y se clasificó la adopción en dos tipos: simple y plena. No obstante, esta nueva ley no cumplía con los principios, derechos y requisitos de adopción prescritos en los diversos tratados internacionales que comenzaron a regular los Derechos del Niño y la Adopción Internacional en los años 90', por lo que Chile se vio en la necesidad de reformar todo el sistema de adopción bajo el amparo de esta nueva regulación internacional ratificada por nuestro país.

A partir de este momento, nuestro país se acercó más a un ideal de institución adoptiva completa y suficiente que respete, garantice y promueva los Derechos del Niño, Niñas y Adolescentes. Sin embargo, es posible establecer que no basta con introducir estas fuentes formales de orden internacional a nuestra legislación, sino que debe hacerse de una manera eficaz, situación que no ocurre en Chile, puesto que se regula una nueva forma de adoptar, denominada "adopción prenatal", sin prever los problemas y pugnas entre normas/principios, además de invisibilizar las consecuencias que trae esto consigo. A su vez, en la Historia de la Ley N.º 19.620 no se discute ni se entrega respuesta al por qué de añadir esta nueva institución.

Dicho esto, en la presente memoria se realizará un análisis general del actual enfoque que posee nuestro sistema de adopción de niños/as. Así, en el primer capítulo se revisarán los principios que lo regulan, quiénes pueden ser susceptibles de ser adoptados, derechos que poseen los niños, y cuál es el fundamento para determinar por qué se exigen determinados requisitos.

Luego, se realizará un análisis en profundidad de la Ley N.º 19.620 para determinar la regulación que se le da en Chile a la adopción prenatal y los motivos que se dieron para instaurarla. Además, se analizará el actual proyecto de Ley de reforma al sistema de adopción, Boletín 9119-2018, que está pendiente en el senado.

A continuación, en el segundo capítulo, se estudiará cómo enfrentan los diversos tratados internacionales esta institución, los derechos que poseen los niños y el resguardo que debe tener la madre

al tomar la decisión de dar en adopción el hijo que tiene en su seno. Asimismo, se dará cuenta del conflicto normativo que existe en el ámbito nacional e internacional, junto con la opinión doctrinaria sudamericana y europea, específicamente en Argentina y España respectivamente. También, se expondrán los peligros y presiones que surgen de la normativización de la adopción prenatal, su inclusión dentro de la maternidad subrogada, y cómo los derechos reproductivos entran en conflicto con los derechos que le asisten al niño.

Por último, en el tercer capítulo, se presentará una exposición de las posibles alternativas para la regulación de la adopción prenatal en Chile a la luz de los derechos y principios establecidos en las convenciones internacionales ratificadas por nuestra nación y por cuáles se ha optado en el derecho comparado.

CAPÍTULO I: SISTEMA DE ADOPCIÓN CHILENO: DERECHOS Y PRINCIPIOS. DISCUSIÓN EN TORNO A LA ADOPCIÓN PRENATAL

Hasta antes de nuestro actual sistema de adopción regulado por la Ley N° 19.620, la legislación chilena respondía timoratamente a un llamamiento jurídico internacional para dejar de lado la faz objetiva con la que se trataba los derechos de los niños y niñas, en reemplazo de un sistema que contempla a los niños como sujetos de derecho propiamente tal.

Para ver como hemos llegado a esto, este capítulo primeramente se expondrá cómo ha ido evolucionando nuestro estatuto de la filiación adoptiva, analizando los puntos más relevantes de cada ley. Luego, se estudiará en profundidad la historia de la actual Ley de Adopción de Menores. En conjunto con esto último, se describirá de forma concisa cuáles son los principios y derechos que rigen en materia de adopción y protección del niño.

1.1. CONSIDERACIONES GENERALES

Para facilitar el entendimiento de los principios y derechos que rigen el sistema de adopción en nuestra nación, considero necesario, primeramente, señalar el objeto de esta investigación

Para llegar a conceptualizar la adopción prenatal hay que definir previamente “qué es la adopción”. La doctrina mayoritaria ha entendido la Adopción como la ficción legal dirigida a considerar como hijo a quién no lo es biológicamente, mientras otros autores la consideran como “una filiación exclusivamente jurídica que descansa no sobre una verdad biológica, sino que en una realidad afectiva”². La profesora Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE recoge la visión que ha tomado la doctrina y la que intenta seguir la Ley, definiéndola como: “aquella relación jurídica que se establece entre adoptante y adoptado, constituida por sentencia judicial, cuya finalidad es proporcionar al segundo una familia que le brinde afecto, le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales, materiales y el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, cuando ello no pueda ser proporcionado por su familia de origen.”³.

² JEQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, citado por CORRAL TALCIANI, HERNÁN. Adopción y filiación adoptiva. Editorial Jurídica. Santiago. 2002. Pág. 73.

³ GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. Sistema Filiativo chileno. Editorial Jurídica. Santiago. 2007. Pág. 223.

1.2. EVOLUCIÓN DEL ESTATUTO FILIATIVO DE LA ADOPCIÓN

Para determinar qué es lo que actualmente rige en nuestro país respecto a la adopción, y más precisamente a la adopción prenatal, se deberá hacer un repaso a la evolución del normativa del estatuto filiativo.

En Chile, la primera Ley que reguló la institución en comento fue la Ley N.º 7.613 del año 1947, la cual establecía un sistema adoptivo contractualista, que no añadía nada novedoso a lo que se venía legislando en el derecho comparado, y que estribaba principalmente en regular los derechos y obligaciones tanto patrimoniales como extrapatrimoniales entre adoptante y adoptado.

Lo anterior, se llevaba a cabo a partir de una escritura pública que debía inscribirse en el Registro Civil del domicilio del adoptado, y que encima no otorgaba el estado civil de hijo de los adoptantes, sino que continuaba ligado a sus padres biológicos, tal como lo establecían de manera armónica los artículos 1 y 15 respectivamente: “La adopción es un acto jurídico destinado a crear entre adoptante y adoptado los derechos y obligaciones que establece la presente ley.”... “El adoptado continuará formando parte de su familia y conservará ella todos sus derechos y obligaciones”.

Inclusive, la misma ley le otorga a la adopción un carácter similar a lo que es la institución jurídica de la “emancipación”, tal como lo señala el artículo 16: “La adopción del hijo emancipa a este respecto de sus padres legítimos”.

Lo anterior, da cuenta de un sistema adoptivo rudimentario y formalista, sin un ánimo real de generar un vínculo filial con la familia adoptante. Ejemplo de esto son: 1) suspensión de la patria potestad de la familia de origen, la cual se encontraba regulada en el artículo 21; 2) entregar la posibilidad de que el contrato pueda expirar (como cualquier otro contrato regulado en nuestro código civil), esto según lo dispuesto en el artículo 32, título III de la Ley en comento. Estos antecedentes son muestra de la absoluta objetivación con la que se miraba legalmente la figura del niño, niña y adolescente.

Asimismo, los hijos/as adoptados/as no gozaban de los mismos derechos que tenían los hijos naturales que, según lo prescrito por la Ley N.º 10.271, en su artículo 271, eran los siguientes:

“1) el padre, madre o ambos hubieren reconocido como hijo suyo mediante una declaración formulada con ese determinado objeto en escritura pública, en la inscripción de nacimiento del hijo o en acto testamentario.

2) Aquellos que hubieren obtenido el reconocimiento de la paternidad o maternidad natural por sentencia judicial;

3) Los que hubieren poseído notoriamente, a lo menos durante quince años consecutivos la calidad de hijo respecto de determinada persona;

- 4) Los que hubieren obtenido declaración de maternidad fundada en la circunstancia precisa de haberse establecido, con testimonios fidedignos, el hecho del parto y la identidad del hijo, y
- 5) Aquellos que hayan sido reconocidos por el supuesto padre, cuando, citado éste por el hijo a la presencia judicial, confesare la paternidad bajo juramento. Nadie podrá ejercer este derecho más de una vez con relación a la misma persona”.

Tras la aplicación de un raciocinio lógico, se puede decir que, si no tenían los derechos de los hijos naturales, mucho menos tendrían los privilegios de los hijos legítimos, como lo era concurrir en el primer orden en la sucesión abintestato, entre otras. Conceptualmente la Ley N°10.271 en su artículo 35 los define como: “aquellos concebidos durante el matrimonio verdadero de sus padres o durante el matrimonio nulo en los casos del artículo 122” “Son también legítimos los legitimados por el matrimonio de los padres posterior a la concepción”.

Esta distinción entre hijos naturales, legítimos e ilegítimos, pretendía otorgarle a la institución matrimonial un carácter más relevante dentro de la vida en sociedad de la época, jerarquizándola a tal punto que si una persona deseaba dejar una herencia a sus hijos debía casarse. Cabe recordar que, para la época, los valores católicos continuaban muy presentes en todo el país y como reflejo de ello se encuentra la aprobación de esta Ley que trajo consigo esta discriminatoria distinción.

Tampoco fue tan distinto para los hijos adoptados, ya que solo la Ley N° 10.271 los mencionó en materia sucesoria para asimilarlos a los “hijos naturales”.

Recién en el año 1999, bajo el mandato presidencial de don Eduardo Frei Ruiz-Tagle vino a cambiar esta distinción de los recién nacidos. En esta Ley, no se expresa ningún ánimo de regulación de entregar en adopción al niño que está por nacer, junto con lo extraído de la anterior legislación, Chile no tenía las condiciones para enfrentar una decisión como tal.

Más de 20 años después de la Ley en comento, precisamente en octubre del año 1965, con la Ley N.º16.346, se logró un avance significativo en cuanto a filiación respecta, puesto que se otorgó la legitimación adoptiva, lo que conllevaba a que el hijo/a adoptado/a tuviera los mismos derechos y obligaciones que poseían los “hijos legítimos” del matrimonio. Si bien se obtuvo esta filiación para aquellos/as que eran adoptados, en cuanto a la naturaleza jurídica y a temas netamente procedimentales no se avanzó en lo absoluto.

Con la Ley N.º18.703 del año 1988 se establecieron grandes modificaciones a lo que se venía conociendo como sistema de adopción en nuestro país, entre ellas se encuentra: i) La eliminación del carácter clásico-contractualista de la naturaleza jurídica de la adopción; ii) La creación de una

clasificación al método de adopción, dividiéndose en “Adopción Plena” y “Adopción Simple”. La primera modificación consistía en tratar al hijo/a efectivamente como hijos propios, con todo lo que ello implica: Derechos filiativos, sucesorios y fundamentales; y la segunda mantenía esa faceta arcaica del sistema adoptivo de los años 40’, esto es, no otorgar la calidad de hijo del adoptante, suspensión de la patria potestad de la familia de origen, y la expiración del vínculo adoptivo cuando el adoptado cumplía la mayoría de edad, tal como lo prescribe el artículo 20, numeral 1) del cuerpo legal en mención.

Si bien es cierto que en lo relativo al sistema de adopción en Chile hubo enormes cambios, no fue así en cuanto al ámbito procesal de la adopción en que se introdujeron engorrosos tiempos de espera para adoptar a un niño/a. Sobre todo, la de tener bajo cuidado personal al hijo/a por seis meses de manera ininterrumpida como lo declara el artículo 8° de la Ley N.º18.703. En esta Ley tampoco tuvo cabida la posibilidad de la adopción prenatal, pese a que se han introducido grandes cambios tendientes a la mejora del sistema de adopción. Los Derechos del Niño, su protección legal y los Derechos de la Mujer todavía están muy lejos de ser considerados por nuestro país.

Recién en el año 1999 con la Ley N°19.620, Chile introdujo un sistema de adopción que instituía, como uno de sus pilares fundamentales, al “niño” como sujeto de derechos, y al Estado como garante de ellos. Es decir, lo anterior se logró aproximadamente 9 años después de que entrara en vigor tanto la Convención Americana de Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica), en adelante CADH o Convención Americana, como la Convención de Derechos del Niño (en adelante CDN o la convención) en nuestro país, instrumentos que mandatan al Estado para asegurar y garantizar el irrestricto resguardo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, la Convención Americana en el artículo 19 estipula que: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Lo cual está en armonía a lo prescrito en el artículo 6.2 de la CDN que declara: “Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. Mandatos que no fueron aplicados en nuestra legislación hasta la entrada del nuevo milenio.

Así las cosas, los compromisos jurídico-sociales que Chile contrajo al ratificar tratados internacionales e incorporarlos en nuestro ordenamiento jurídico tardaron alrededor de diez años en aparecer, diez años que no debe sonar baladí, es una década completa de vacíos legales de orden interno que no respondían a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes y, mucho menos, a las de aquellos susceptibles de ser adoptados. Esto en virtud de lo que decreta el artículo 5° inciso 2 de la Constitución Política de la República: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados

por Chile y que se encuentren vigentes”, lo cual solo fue palabra muerta hasta la entrada en vigencia de la Ley que se analizará en este trabajo.

La Ley N°19.620, conocida como la Nueva Ley de Adopción de Menores, estableció el principio del interés superior del niño como el *leitmotiv* de cada una de las materias; procedimientos previos, judiciales y posteriores a la adopción de un niño o niña. Asimismo, incluyó una reducción de los antiguos procedimientos que establecieron las leyes que le antecedieron, como la Ley N°7.613 y la Ley N°18.703, las cuales fueron derogadas casi en su totalidad por este cuerpo legal, quedando sujetos a dichas leyes sólo aquellos adoptantes y adoptados que se sometieron a esos procedimientos. De esta manera, las personas adoptadas antes de la ley N.º19.620 se vieron afectadas sobre todo en materia sucesoria.

Aunque el nuevo sistema de adopción haya reducido los tiempos de espera en comparación a la otrora legislación que la regulaba, el problema principal continúa siendo la tardanza y excesiva burocracia que exige la Ley⁴, elementos que se deben erradicar en favor de un proceso de adopción que responda de manera eficaz a la pretensión de los adoptantes y adoptados. Cabe señalar que, los niños, niñas y adolescentes que están calificados como susceptibles de ser adoptados, tienen que esperar largos años en el Servicio Mejor Niñez o en los distintos organismos acreditados por éste. Justamente por este motivo es que, en el presente trabajo no tan solo se plantea una modificación a la ley de adopción en lo relativo a la adopción prenatal, sino que también una reforma estructural a **cómo se adopta** en nuestro país.

1.3. HISTORIA DE LA LEY N.º 19.620

Una vez descrita de manera precisa y concisa la evolución normativa con la que nuestro país reguló la Adopción de Niños, niñas y adolescentes a lo largo del siglo XX, es menester indicar y exhibir cómo mediante las discusiones parlamentarias, se arribó el sistema de adopción que tenemos actualmente, y por, sobre todo, mencionar el por qué y el cómo se integró la posibilidad de la adopción prenatal en esta Ley. Es por todo esto que se presentarán a continuación los trámites constitucionales que sigue de manera regular un proyecto de Ley, mostrando los más importantes y característicos en virtud del tópico de estudio de este trabajo.

⁴ EL DESCONCIERTO. ARAVENA, Carmen Gloria. 2019. “Adopción en Chile: ¿En qué momento perdimos el rumbo?” [en línea] <<https://www.eldesconcierto.cl/2019/06/07/adopcion-en-chile-en-que-momento-perdimos-el-rumbo/>> [05 de noviembre 2018]

1.3.1. Ingreso del Proyecto de Ley.

El 5 de enero del año 1993, ingresó a la cámara de diputados el Proyecto de Ley presentado por el presidente Patricio Aylwin Azócar, bajo el boletín N.º899-07, que derogó la Ley N.º18.703 y modificó la Ley N.º7.613 sobre Adopción, proyecto que tuvo como objeto principal resarcir los vacíos legales presentes en las leyes vigentes de la época, y que, de la misma manera, vino a adecuar nuestro ordenamiento jurídico en torno a los tratados internacionales ratificados por nuestro país en años anteriores, tales como: La Convención de los Derechos del Niño (1990), la Convención sobre la Protección del niño y Cooperación en materia Internacional (1993) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre principios sociales y jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños (1986).

De esta manera, los propósitos del proyecto de Ley estribaban principalmente a la regulación completa del principio del Interés Superior del Niño, junto con el marcado rol social que debe cumplir la institución de la adopción en torno al bienestar y resguardo del niño, niña y adolescente dentro de los cuales deberá tenerse detenida consideración para ser oídos, prestar su consentimiento, junto a determinar cuáles son sus rasgos étnicos y psicológicos.

En palabras del profesor Hernán Corral: “La adopción aparece así en la Convención como una institución que se justifica, no en interés de los adoptantes, sino por sobre todo en el interés y la necesidad de protección y asistencia del niño”⁵. Asimismo, para cumplir con la protección de los derechos y garantías de los niños, se establece un procedimiento declarativo previo al de la adopción propiamente tal, de manera que, “el **niño pueda** ser adoptado”, estableciendo que sólo los solicitantes de este procedimiento podrán adoptar al niño/a en caso de que el resultado sea favorable tomando en consideración su interés superior.

Por otra parte, y con el objeto de dar una solución a la situación de pérdida de niños y niñas, y velando por la defensa de sus derechos y el mantenimiento de sus raíces étnicas, este proyecto entrega mayores atribuciones al Servicio Nacional de Menores para hacerse parte en las causas sobre adopción.

En este primer ingreso del proyecto de Ley no se encuentra una precisión referencial acerca de la adopción prenatal, mas, erige a los matrimonios chilenos como la “primera fila” para poder adoptar, estableciéndolos en el primer orden de preferencia, dejando así a las personas solteras, parejas del mismo sexo, y extranjeros relegadas a un segundo y tercer orden.

⁵ CORRAL, Hernán. “Adopción y Filiación adoptiva”. Santiago, Chile, 2002. 1ª edición, editorial Andrés Bello. p. 45-47

1.3.2. Primer Informe de la Comisión de Familia: Primer Trámite Constitucional/ Cámara de Diputados.

Llegando al año 1995, se emitió el primer informe de la Comisión de Familia, el cual, luego de recibir diversas opiniones, observaciones y declaraciones de instituciones y organismos relacionados con la materia tratada en el Proyecto de Ley emitido vía mensaje del Ejecutivo, permitió que los diputados integrantes esclarecieran cuáles eran las virtudes y defectos que tenía esta nueva propuesta legislativa.⁶

En lo relativo al procedimiento previo a la adopción, se modificó por completo en este primer informe de comisión, estableciéndose lo siguiente: “El artículo 11 señala que son susceptibles de ser adoptados los menores de 18 años:a) de filiación desconocida; b) que hayan sido declarados abandonados judicialmente, para ser adoptados; c) cuyos padres declaren al juez de menores incapacidad presente y futura para hacerse cargo de ellos, bastando la declaración de uno si el otro ha muerto o está imposibilitado, o bien, si sólo uno lo ha reconocido, la de éste. La declaración deberán ratificarla, en 30 días, quienes la hicieron.

Si no concurren, se tendrá por ratificada y se notificará lo ocurrido al Servicio Mejor Niñez para los efectos del Registro Nacional de Menores.”⁷. Hoy, denominado Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia o Servicio “Mejor Niñez”

Para complementar a lo antedicho, es menester conceptualizar el funcionamiento de este nuevo Servicio y qué es lo que persigue. Este Servicio tiene diferentes líneas de acción, de las cuales se determinará cual es la mejor según la necesidad imperante de protección que se requiera, dentro de ellas encontramos: 1) Diagnóstico Clínico Especializado, seguimiento de casos y pericia; 2) Intervenciones Ambulatorias de Reparación; 3) Fortalecimiento y Vinculación con las familias; 4) Cuidado Alternativo Transitorio en caso de Vulneración de Derechos del Niño; 5) Adopción, haciéndose cargo a nivel nacional de los procesos y tramitación de Adopciones⁸.

Su tarea principal es proteger, restituir derechos y reparar el daño de niños, niñas y adolescentes gravemente amenazados o vulnerados, poniéndolos en el centro de nuestro actuar junto a sus familias,

⁶ Primer Informe Comisión de Familia, Boletín 899-07 del Proyecto de Ley Que dicta normas sobre Adopción de menores. Cámara de diputados, legislatura 325ª, 31 julio 1995. “De esta manera, se aprobó por unanimidad la moción de las diputadas Cristi, Pollarolo, Saa y el diputado Paya para reemplazar el primer texto por uno con mayor criterio acentuado en la situación actual y futura de la adopción en nuestro país.”

⁷ Primer Informe Comisión de Familia, Boletín 899-07 del Proyecto de Ley Que dicta normas sobre Adopción de menores. Cámara de diputados, legislatura 325ª, 31 julio 1995. P. 29

⁸ Servicio Mejor Niñez. “Líneas de Acción del Servicio”. Disponible en: <<https://www.mejorninez.cl/mejorninez.html>> [Fecha de consulta: 12 de abril de 2022]

fortaleciendo su desarrollo integral mediante equipos de profesionales y programas especializados, coordinados con el intersector y adaptados a sus necesidades y territorio.

Aspirando a que, en un marco de protección de derechos, cada niño, niña y adolescente recupere la confianza en sí mismo y en su entorno, que le permita establecer vínculos sanos y desplegar al máximo sus potencialidades para desarrollarse y vivir en plenitud.

Retomando lo apuntado anteriormente, se puede evidenciar que de manera inédita e innovadora en Sudamérica los diputados establecieron que esta declaración de voluntad entregada por la madre para dar a su hijo en adopción, también incluiría al niño que está por nacer, al señalar que la madre podrá declarar la incapacidad futura para cuidar del niño o niña, con la objeción de que se le restará validez a la declaración prestada inicialmente, es decir, debiendo ratificarla 30 días después del parto, y en caso de que no lo hiciese, se entendería desistida. Ahora bien, ¿Por qué se le cataloga de innovadora e inédita?, porque en Sudamérica, luego de que se ratificara la CDN a inicios de los 90' no se discutió en ningún otro país de la región el hecho de poder instaurar la posibilidad de adoptar a un niño/a antes de que este nazca.

1.3.3. Primera Discusión en Particular en la Cámara de Diputados.

Por medio de esta discusión en sala se trató por primera vez el concepto de adopción prenatal, lo que han señalado instituciones internacionales al respecto y qué se ha entendido por tal, de modo que se esclarezca lo que se está legislando y lo que se persigue con ello.

La Diputada Martita Wörner señala al respecto de la nueva legislación de Adopción, lo siguiente: “Estamos legislando y pretendemos poner en vigencia, dentro de las próximas semanas, una ley de adopción moderna que recoge las consideraciones y exigencias establecidas en la Convención Internacional del Niño, en la Declaración Internacional de los Derechos del Niño y, en definitiva, en toda la legislación comparada”.

De esta forma, se puede evidenciar que el objetivo principal es modificar el sistema de Adopción en función de los tratados internacionales que va suscribiendo y ratificando nuestro país. “El Vaticano ha llamado la atención acerca de su significado y sobre la necesidad de que parejas se interesen en acceder a dichos embriones y pueda darse lugar a una adopción prenatal. Este proyecto no considera una regulación al respecto porque, ciertamente, es un punto de debate nuevo. Quise hacer esa apreciación, porque sería conveniente que el Ejecutivo, tal vez en el segundo trámite en el Senado, presente las

indicaciones correspondientes, de modo que, después de promulgada la ley, se pueda adecuar a esas exigencias”⁹.

En relación a lo señalado por la parlamentaria y la posición del Vaticano, es del todo pertinente citar a la periodista y doctora en filosofía doña María Angélica Carrasco, quien, a propósito de la adopción prenatal, los embriones crío preservados y la doctrina católica, en específico la tesis que persiguen las instrucciones del “*Donum Vitae o DV*” y la “*Dignitas Personae o DP*” señala que: “cuando la DP condena la adopción prenatal lo hace por las mismas razones que hacen ilícita tanto la procreación artificial heteróloga como toda forma de maternidad subrogada (DP 19). Y lo que estas tres prácticas tienen en común es, precisamente, el embarazo heterólogo, que manifiesta una ruptura entre la paternidad genética, la gestacional y la educativa”¹⁰.

Por otra parte, la diputada doña María Angélica Cristi también aludió: “Otro tema que deseo destacar es la adopción prenatal. Es un hecho tremendamente importante que la ley también considere que la futura madre biológica puede arrepentirse en algún momento. La segunda madre podrá acompañarla en todo el proceso, y de esa manera tener una participación más directa en el nacimiento del niño”¹¹.

Pese a que su aseveración es imprecisa, debido a que no existe “algún momento”, sino que debe ratificar dentro de los 30 días siguientes al parto, sí es congruente al afirmar que la madre adoptiva, pueda acompañar durante todo el proceso gestacional a la madre biológica.

Recapitulando lo declarado por las diputadas, podemos extraer que la adopción prenatal al ser una forma de adopción totalmente nueva en América Latina, se espera una discusión holística acorde al tema que se está tratando, esto es: los derechos reproductivos de la madre y la protección del que está por nacer, amparado tanto en el Código de Bello, como en nuestra carta fundamental, sin embargo, esto no ocurrió.

⁹ Primera Discusión General, Boletín 899-07 del Proyecto de Ley Que dicta normas sobre Adopción de menores. Cámara de Diputados, Legislatura 325ª, sesión 20. 30 de julio de 1996. P. 42-44

¹⁰ CARRASCO, María Angélica. Rescate y adopción de embriones crío preservados: ¿solidaridad o encarnizamiento reproductivo? Santiago, 2014 [en línea] < https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0049-34492014000400006> [Fecha de consulta: 28 de abril 2020]

¹¹ MARÍA ANGÉLICA CRISTI, Historia de la Ley N° 19.620. P.515-516. Disponible en: < <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6606/>> [Fecha de consulta: 28 de abril de 2020]

1.3.4. Primer Informe de la Comisión de Familia: Segundo Trámite Constitucional/ Cámara del Senado.

El artículo que permite declarar la susceptibilidad de una persona de ser adoptada antes de su nacimiento, fue discutido finalmente por varios Organismos, entre ellos: la Asociación Nacional de Magistrados de Menores, que esgrimieron: “podría incentivar el denominado arriendo de vientre” o la “venta” de menores; la Fundación Chilena de la Adopción por su parte dijo: “induciría a la entrega de la criatura que está por nacer en vez de asumir su cuidado”, y la Fundación San José para la Adopción Familiar Cristiana, sostuvo que la época del embarazo no aparece como la más oportuna para tomar esta decisión.”¹²

Por otro lado, los representantes del Ejecutivo sostuvieron que mantener este artículo era bastante útil, en razón de que esta norma constituye una herramienta imprescindible para evitar el aborto, bajo la idea de que representará una solución para la mujer que se encuentra embarazada y que no está en la situación ni en las condiciones de hacerse cargo del hijo que ha concebido. La participación de esa mujer en los programas de adopción le permitirá recibir un importante apoyo para el nacimiento de su criatura, que incluso podría motivarla a permanecer con el niño y no entregarlo en adopción. Añadieron que, para resguardar el derecho de los padres de arrepentirse de dar al hijo en adopción, el precepto impide que concluya el trámite antes del nacimiento.

Es pertinente mencionar que la Fundación Chilena de la Adopción hizo presente que, durante los últimos diez años de actividad de su Programa de Prevención del Abandono, un 57% de las madres que manifestaron su intención de entregar a sus hijos en adopción antes del parto, dejaron de lado su pretensión después del nacimiento de ellos. Este desistimiento se produjo, en un 25%, durante los primeros 15 días de entregado el niño a la institución e incorporado al registro de adopción de cada organismo¹³.

Habida consideración de estos antecedentes, la Comisión se pronunció por acoger la idea contenida en la disposición, pero regulándola en forma minuciosa y detallada, a fin de evitar los inconvenientes que pudiera presentar.

De igual manera, compartió la idea de que el inicio del procedimiento previo a la adopción, esto es: **antes de que nazca el niño**, se otorgare tranquilidad a la mujer. La norma de la Adopción Prenatal,

¹² Primer Informe de la Comisión de Familia. Boletín 899-07 del Proyecto de Ley Que dicta normas sobre Adopción de menores. Cámara del Senado, legislatura 339ª, 04 de noviembre de 1998. P. 18

¹³ FUNDACIÓN CHILENA DE LA ADOPCIÓN. Historia de la Ley N° 19.620. p. 234

entrega la posibilidad a aquellas embarazadas que no pueden criar a su hijo, ya sea porque están incapacitadas física o psicológicamente o presenten falta de condiciones adecuadas para la tenencia responsable de un niño o niña.

La posibilidad de iniciar el procedimiento antes de que nazca el niño le pareció razonable a la Comisión, sin embargo, ésta misma pronunció su carácter excepcional, y en circunstancias debidamente justificadas, las cuales, además, deberán ser patrocinados por el Servicio Nacional de Menores, hoy Servicio “Mejor Niñez” o un organismo acreditado ante éste.

Cumplíéndose ese requisito, podrá iniciarse el procedimiento antes del nacimiento, y efectuarse todos los trámites que correspondan, quedando pendiente sólo la ratificación de la madre y la dictación de sentencia.

1.3.5. Discusión General del Proyecto de Ley según los Informes emitidos por la Comisión de Familia por el Senado.

La ministra de Justicia de la época, **doña Soledad Alvear**, da cuenta al Honorable Senado de cuál es el estado actual del Proyecto de Ley boletín N°899-07, señalando en lo relativo a la adopción prenatal que: “Hago resaltar que en la normativa también se contempla una protección al niño incluso antes de su nacimiento. El artículo 9º, en efecto, abre la posibilidad de que el procedimiento previo se inicie en esa etapa, lo cual resulta muy beneficioso, porque facilita el objetivo de que medie el menor tiempo posible entre el momento en que el niño se halle en situación de ser adoptado y el de que llegue a sus padres adoptivos”. La ministra esboza un argumento a favor de la adopción prenatal, advirtiendo que se facilita la adopción tanto para el niño o niña y los padres que le adoptarán, por el hecho de que se entregue lo más pronto posible, asimismo, concluye: “Por ello, el proyecto es lo suficientemente flexible como para permitir a la madre explicitar durante el embarazo su deseo de entregarlo en adopción”. Sin embargo, el texto igualmente es flexible en cuanto a la posibilidad de que ella se arrepienta. Puede hacerlo dentro de un plazo que fija la ley, para lograr la certeza de que se quiere efectivamente la adopción.

De esa manera, y de acuerdo con lo prescrito por la Convención sobre los Derechos del Niño, se intenta, por un lado, garantizar en la máxima medida posible el derecho del niño a la vida y a su supervivencia y, por otro, el derecho reproductivo de la madre a cambiar de opinión y a hacerse cargo de su hijo. El silogismo que presenta la ministra acerca de la adopción prenatal estriba en que, las normas de la CDN al garantizar el derecho del niño a la vida, está resguardando y velando por la protección legal del nasciturus, y por el otro lado también apunta a que se le otorga a la madre el derecho de cambiar de

opinión, y a decidir libremente la cantidad de hijos que quiere tener, tal como lo dispone la Convención sobre la Eliminación de Toda Discriminación Contra la Mujer (CEDAW).

En otras palabras, presenta la dicotomía jurídica acerca de qué derecho se pondera por encima del otro, conjugándolas de esta forma en el artículo que permite iniciar antes el procedimiento de susceptibilidad de adopción con la opción de que, una vez ocurrido el parto, la madre tenga un plazo determinado para ratificar su decisión.

Continúa diciendo: “Pensamos que esta iniciativa legal es una clara señal y una respuesta eficiente para muchas mujeres que, por distintas razones, no están en condiciones de poder encargarse de sus hijos. Y constituye una excelente herramienta para decir “sí” a la vida al dar la posibilidad de un crecimiento armonioso de ellos.”¹⁴

Los dichos de la ministra se enfocan desde un punto de vista beneficioso para la mujer que está embarazada, toda vez que, le atribuye flexibilidad a la norma de susceptibilidad de adopción del que está por nacer, pudiendo la madre, retractarse de su decisión dentro de determinado plazo.

Sin embargo, no se menciona siquiera los estados psicológicos y las presiones sociales que esta puede tener al tomar tal decisión, tampoco se discute la posibilidad de la madre de adecuarse a un plan de acompañamiento para tratar sus cambios psicológicos considerando el periodo de embarazo de 9 meses.

Desde el punto de vista psicológico, la gestación supone un importante cambio en la vida de la mujer, y se deben emplear todos los recursos posibles para que la madre pueda enfrentarse a los cambios del embarazo y del nacimiento, y elabore estrategias para llevar a cabo el cuidado del recién nacido, facilitando el vínculo que establecerá con el nuevo hijo.

Es por esto que, la sintomatología psiquiátrica de las mujeres es un elemento determinante en el desarrollo y los resultados de la gestación, tanto así que, en un estudio longitudinal, se realizó una evaluación de los síntomas psiquiátricos en mujeres gestantes, estableciendo relaciones con trastornos de personalidad y factores sociodemográficos. Y, “se encontró un mayor nivel de síntomas psiquiátricos evaluados mediante el cuestionario SCL-90 durante el embarazo que después del mismo (...). De igual forma, en un estudio se evaluó la sintomatología psiquiátrica medida nuevamente mediante el SCL-90

¹⁴ Discusión General. Boletín 899-07 del Proyecto de Ley Que dicta normas sobre Adopción de menores. Cámara del Senado, legislatura 339ª, sesión 8ª. 04 de noviembre de 1998. P. 8.

en mujeres con un embarazo accidental frente a las mujeres con un embarazo planificado, encontrándose unas mayores puntuaciones en las diferentes escalas en las mujeres con un embarazo accidental.”¹⁵

Diferentes estudios han valorado la relación existente entre la presencia de sintomatología depresiva en mujeres gestantes y sus repercusiones sobre la calidad de vida en el embarazo, encontrándose que: “las mujeres que presentan síntomas depresivos tienen una menor calidad de vida que aquellas que no presentan este tipo de sintomatología. Las alteraciones emocionales severas previas a la gestación, aunque poco frecuentes, pueden aumentar la probabilidad de afrontamiento disfuncional del embarazo.”¹⁶

Estos elementos son de vital importancia para la legislación de cualquier materia relacionada a la protección del que está por nacer y a la salud y dignidad de la madre gestante. Otro de los factores que sostiene la teoría de lo relevante que es esta materia es el ámbito social, toda vez que: “el apoyo social parece ser un factor importante, ya que una falta de apoyo social se relaciona con depresión y vivencia de acontecimientos vitales importantes”¹⁷.

De aquí se puede desprender cuán importante es tener un programa de acompañamiento del embarazo cuando se decida dar en adopción antes del nacimiento, a su vez alude cuánta relevancia tiene la decisión de la madre acerca de la adopción prenatal como reflejo de su derecho reproductivo.

El Senador Larraín declara que: “Como muchas veces la adopción es producto de embarazos no deseados, el proceso previo de adopción podrá iniciarse incluso antes del parto. Ésta es una señal muy importante para las mujeres que se hallan en tal situación y que, por motivos que no nos corresponde juzgar, no pueden criar a ese hijo, razón por la cual en su desesperación deciden recurrir al aborto. Esta nueva disposición, en la medida en que facilita comenzar el trámite de adopción antes de que se produzca el parto, implica una forma de evitar el aborto.”¹⁸

En resumen, las características descritas del proyecto innovan positivamente respecto de la actual normativa de adopción, ya que refuerzan la idea de que ella debe estar inspirada en el interés superior del niño y ha de concebirse como un medio para respetar su derecho a desarrollarse en el seno de una familia que pueda satisfacer sus necesidades afectivas, espirituales y materiales.

¹⁵ MORALES MARÍN, Dolores. Et al. “Influencia de los factores psicológicos en el embarazo, parto y puerperio”. Un estudio longitudinal. Nure Investigation N° 37, Madrid, España, año 2008.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Discusión General. Boletín 899-07 del Proyecto de Ley Que dicta normas sobre Adopción de menores. Cámara del Senado. Óp. Cit. p. 22.

En este sentido, el senador Larraín intenta argumentar a favor de la adopción prenatal con un argumento totalmente falaz y discriminatorio, añadiendo que son aquellas que “desesperadas” recurren al aborto, sin verter argumento congruente, ilustrativo de la situación de la mujer con un embarazo no deseado.

El Senador Hamilton hace una recapitulación de los fundamentos de las modificaciones a los artículos realizados por la comisión, respecto a la norma que permite la adopción prenatal alude lo siguiente: “ C. Oportunidad para declarar al menor como susceptible de ser adoptado. Se permite iniciar el trámite antes del nacimiento del hijo, pero debiendo concluirlo después de ocurrido el nacimiento.

Fundamento: Se resguarda el derecho de los padres a arrepentirse de dar al hijo en adopción después de producido el nacimiento”¹⁹.

El señor Hamilton, es el primero en hablar someramente acerca de los derechos reproductivos de los padres, ponderándolos por sobre la protección del que está por nacer. Parece algo prescindible, sin embargo, es una opinión doctrinaria beligerante en el ámbito de esta forma de adopción.

Tres intervenciones dentro de la discusión del proyecto de Ley, marca un precedente que no se evaluó de manera holística lo que se estaba regulando, se pasó por alto: la óptica de la psicología, medicina, sociología, obstetricia, y todos los demás aspectos que pueden comprender el dictar una norma como tal.

1.3.6. Segundo Informe de la Comisión de Familia: Segundo Trámite Constitucional/ Cámara del Senado.

En esta instancia, se recomendó eliminar, por una bancada de diputados, la norma que permite la susceptibilidad de adopción del *nasciturus* en caso que los padres no estén capacitados o no estén en condiciones de hacerse cargo de él, puesto que se entiende más bien como una justificación o excusa para la crianza de su hijo.

No obstante, la comisión estimó que en los términos en que ha sido concebido el artículo; todos los inconvenientes que pudiese tener el hecho de permitir que se **inicie el procedimiento previo a la adopción antes de que nazca la criatura se ven superados por las ventajas que ofrece para apoyar a las embarazadas que desean dar a luz, pero no pueden hacerse cargo de su hijo**, desechándose por unanimidad lo postulado por estos parlamentarios.

¹⁹Ídem.

Nuevamente los detractores a la adopción prenatal en esta discusión no presentan argumentos de peso y con contenido atinente al tema, sino que más bien esbozan una negativa injustificada, que no resuelve en lo absoluto el tema de fondo para desestimar lo planteado por los senadores en ejercicio a favor de esta nueva adopción.

1.3.7. Primer Informe de la Comisión de Familia: Tercer Trámite Constitucional/ Cámara de Diputados.

En particular, el artículo 9° del texto despachado por el Senado permite, de manera excepcional, siempre y cuando la gestión sea patrocinada por un organismo oficial (Servicio Mejor Niñez o aquellos acreditados por este), iniciar el trámite destinado a declarar que el menor puede ser adoptado por la concurrencia de las causales de que se trata, antes de su nacimiento, a contrario sensu sobre lo que dispone el inciso final del artículo 11 aprobado por esta Cámara, debiendo la madre ratificar libremente su voluntad de entregar al hijo en adopción 30 días después de ocurrido el parto.

Con tal propósito, prohíbe todo apremio para que ratifique, teniéndola por desistida de su decisión si no lo hiciera. Con todo, si la madre fallece antes de ratificar, será suficiente manifestación de dicha voluntad la expresada antes del nacimiento. Por último, impone al juez la obligación de resolver dentro de los quince días siguientes a la ratificación.

1.3.8. Informe de la Comisión Mixta.

De igual modo, el artículo que permite la susceptibilidad de adopción del que está por nacer se consagra finalmente estipulando lo siguiente: “ARTICULO 10. El procedimiento a que se refiere el artículo anterior podrá iniciarse antes del nacimiento del hijo, siempre que sea patrocinado por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante éste. En tal caso, se efectuarán los trámites que correspondan, y sólo quedará pendiente la ratificación de la madre y la dictación de sentencia.

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

Con todo, si la madre falleciere antes de ratificar, será suficiente manifestación de su voluntad de dar al menor en adopción la que conste en el proceso.

Ratificada por la madre su voluntad, el juez resolverá dentro de los quince días siguientes.”

Con este informe se cierra la discusión en torno al proyecto de Ley que deroga las anteriores leyes de adopción (Ley N°7.613 y 18.703) y se da cuenta mediante Oficio de Ley al Ejecutivo el 21 de Julio de 1999 de la entrega final de las discusiones parlamentarias y el trabajo realizado por la Comisión de Familia.

Así las cosas, se puede apreciar que la legislación de la adopción prenatal fue una idea que realmente tuvo escasa discusión y profundización por nuestro parlamento, tanto en su aplicación teórica como práctica, esto para la importancia que representa la instauración como una figura jurídica como está a nivel internacional.

1.4. PRINCIPIOS Y DERECHOS QUE RIGEN EL SISTEMA DE ADOPCIÓN EN CHILE

Posteriormente de haber realizado la exposición del proceso legislativo que siguió a la actual Ley de Adopción de Niños, se enumerará y describirá a continuación cuáles son los principios y derechos que envuelven la esfera de la institución adoptiva en nuestro país, entre los que encontramos el principio del Interés Superior del Niño, el principio de Subsidiariedad de la Adopción y prioridad de la Familia Biológica, el Derecho a la Identidad, El Derecho del Niño a dar su opinión y a entregar su Consentimiento, el Derecho a la Igualdad y No Discriminación, y su Derecho a ser oído.

1.4.1. Principio del Interés Superior del Niño.

Para comenzar, debemos señalar que este principio es un *leitmotiv* no solo de la adopción en sí, sino que es un principio constitucional que enmarca muchas más áreas que solo el del Derecho de Familia.

La idea del Principio del Interés Superior del Niño se extrae a partir de lo estipulado en la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la ONU el año 1959, en específico el numeral 8° que declara lo siguiente: “El derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia”, de forma que en todo ámbito en los que se encuentre inmiscuido un niño o niña, tendrán el derecho de ser los primeros asistidos y protegidos.

De este modo, a inicios de los años 60, en el convenio de La Haya, se estableció precisamente una excepción a la regla general acerca de las atribuciones de competencias de las autoridades del país de residencia del NNA, y en lo relativo a la aplicación de la ley nacional de los países firmantes, en cuanto a protección y resguardo de los niños/as, primando siempre el interés superior de éstos. Luego, en el año 89', al firmarse el convenio de La Haya respecto a la cooperación en materia de adopción internacional, precisamente se buscó “establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto de los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional”²⁰.

Bajo la misma línea argumental, el artículo 3.1 de la CDN prescribe: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Asimismo en base a corregir los errores del pasado, y a cumplir con los compromisos pactados por nuestro país, nuestra legislación decreta en el artículo 1° de la Ley de Adopción de Menores: “La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen.”. Sin embargo, no se entrega una definición o concepto de lo que es el “interés superior del niño”, por lo que la omnipotente fuerza de este principio se la entrega su abstracción; lo que a su vez también perjudica a determinar su rango o grado de aplicación a las normas que van investidas de este verdadero principio rector de todo el Derecho de Familia en nuestro ordenamiento jurídico. Lo anterior lleva a concluir que el Principio del Interés Superior del Niño puede ser utilizado para reafirmar o para negar los derechos adquiridos por ellos, esto, en función de la amplitud del concepto, si no se le está protegiendo ni considerando en decisiones en las cuáles si tiene que haber aplicación del principio, entonces existiría un quebrantamiento de la Ley, a contrario sensu, si la hay, entonces se reafirman los derechos que han sido adquiridos.

En el año 2013, hubo un caso bastante bullado al respecto caratulado “Herrera con Gálvez”, en el que la Corte Suprema, se pronunció para dirimir el disenso doctrinario en torno al marco conceptual del Principio en comento, determinando que: “aun cuando su concepto sea indeterminado –en referencia al interés superior del niño/a, puede afirmarse que el mismo, alude a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los niños y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de

²⁰ Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. Capítulo I: “Ámbito de aplicación de la convención, Artículo 1°, letra a)”, 29 de mayo de 1993.

su vida, orientados al desarrollo de su personalidad. Dicho principio se identifica con la satisfacción plena de sus derechos, en su calidad de personas y sujetos de estos, identificándose de esta manera interés superior con los derechos del niño y del adolescente"²¹.

De esta manera, debemos pronunciarnos al respecto, señalando que el principio del Interés Superior del Niño posee una faz que reviste a todo el ordenamiento jurídico en lo relativo a materias sobre NNA, debiendo garantizar la protección de todos sus derechos tanto a nivel nacional e internacional, en cuanto a los tratados internacionales ratificados por Chile cuando se regulen materias que refieran directa o indirectamente a niños. A su vez, el principio debe tomar en consideración los intereses del niño, esto es, considerando su desarrollo pleno en todas sus áreas y la satisfacción completa de todos sus derechos en todos aquellos procedimientos judiciales contenciosos como no contenciosos (éste último en el caso de la adopción).

1.4.2. La Subsidiariedad de la Adopción y Prioridad de la Familia Biológica

Este principio fundamental del estatuto adoptivo va enlazado consecucionalmente con lo narrado con antelación, esto, en función de lo aludido por el artículo 1° de la Ley de Adopción vigente, el cual señala que “el adoptado tiene el derecho de vivir y desarrollarse bajo el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, **cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen**”.

A raíz de ello, puede evidenciarse que en nuestro país el legislador ha manifestado su preferencia, y optado, por la familia de origen, considerando a la adopción no como una alternativa de filiación, sino desde un carácter subsidiario²².

En concordancia al primer artículo de la Ley en comento, el artículo 7 concierta que “El programa de adopción es el conjunto de actividades tendientes a procurar al menor una familia responsable” y agrega que “**se entiende por familia de origen los parientes consanguíneos a que se refiere el artículo 14 y, a falta de ellos, a quienes tengan bajo su cuidado al menor.**”.

En estrecha conformidad con lo anterior, el artículo 15 en su inciso segundo dispone que “El juez resolverá acerca de la veracidad de los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la

²¹ CORTE SUPREMA. Sentencia de fecha 13 de enero de 2013, en causa Rol 7150-2012, [en www.vlex.cl cita online: 435957758]

²² CORTE SUPREMA, Sentencia de fecha 1 de agosto de 2011, en causa rol 1958-2011 [Disponible en www.vlex.cl cita online: 310572482] [Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2019]

declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado, **en especial la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del mismo en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él**".

Ambos artículos responden de la misma manera a esclarecer cuál es el rol de la adopción, siendo solo plausible y de modo exclusivo cuando la familia de origen del NNA no se encuentra en las circunstancias de brindarle afectividad y desarrollo íntegro como persona satisfaciendo todas sus necesidades.

De igual modo, la Convención de Los Derechos Del Niño se ha pronunciado acerca de este principio mencionando en el artículo 21, letra a) lo siguiente: "Los Estados Partes, que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán porque el interés superior sea la consideración primordial" y añade "la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario".

Así las cosas, este apartado de la Convención debe interpretarse de manera armoniosa con el fundamento de la adopción, el que reside en la necesidad de otorgarle una familia a quien no cuenta con una que sea capaz de darle lo necesario para desenvolverse en su vida. Es decir, es preciso tener presente que la justificación de este instituto es la desprotección inicial del adoptado y la privación de su medio familiar original, tal como lo establece el informe El derecho del niño y la niña a la familia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado"²³.

Junto a la Convención de los Derechos del Niño, el Pacto de San José de Costa Rica, el artículo 15 del Protocolo de San Salvador y el artículo 11 letra b) de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, son normas que reconocen a la familia como el medio prioritario en que debe desarrollarse el NNA; afirman que el Estado debe propender a que la familia cumpla la función de cuidado del NNA y que, por ende, debe intervenir sólo cuando ella falle en este cometido; y establecen, por último, que la separación del NNA de su familia debe ser la última medida a adoptar y siempre que su interés superior lo autorice. Así, cabe destacar la directriz N°3 sobre las Modalidades de Cuidado Alternativas de Niños que prescribe: "Al ser la familia el núcleo fundamental

²³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "El Derecho del Niño y la Niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización de las Américas". OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13 17 octubre 2013.

de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados principalmente a lograr que el niño permanezca bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, bajo la de otros familiares cercanos, o que vuelva a ella...”²⁴

Así las cosas, este principio es la consecuencia de tres circunstancias: (a) la prevalencia de la familia biológica, pues se asume que la permanencia del niño en ésta redunde en su interés superior salvo casos especiales; (b) los efectos absolutos de la adopción plena, pues confiere el estado civil de hijo; y (c) el carácter irrevocable de la adopción.²⁵ Ahora bien, en contradicción a todo lo narrado, el artículo 10 de la Ley N° 19.620 permite comenzar el procedimiento de susceptibilidad de adopción incluso antes del nacimiento del niño/a, lo que implica más bien una aplicación impropia de la institución, ubicándola como una solución preferente en caso de existir algún conflicto o ante la vulneración de derechos del niño, lo que produce que quienes se ven perjudicados sean principalmente las familias y niños con menos recursos²⁶.

1.4.3. Derecho a la identidad

Para realizar una descripción de este Derecho del Niño, se vuelve necesario seguir la raíz misma de la palabra identidad, es por ello que deberemos recurrir al Diccionario de la RAE para comenzar a definir este concepto²⁷. Este señala que “Identidad” se debe entender como aquel conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que lo caracteriza frente a los demás. De ello se puede concluir que “no existen dos personas idénticas, que compartan la misma biografía”²⁸. Según la abogada y doctora Marisa Herrera, la identidad implica una biografía personal, que se compone de elementos estáticos y dinámicos²⁹.

Dentro de la composición de los elementos estáticos encontramos; el origen, el sexo, nombre, aquel conjunto que permanece inmutable durante el transcurso de la vida; por el contrario, los elementos

²⁴ LATHROP, Fabiola. La Protección Especial de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en el Derecho Chileno. Santiago, 2014 [en línea] Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000100005> [Fecha de consulta: 17 noviembre de 2019]

²⁵ TURNER SAELZER, Susan. Sentencia sobre adopción: ¿Y el interés superior del adoptado en el caso concreto? (Corte Suprema). [en línea] Revista de Derecho de Valdivia Vol. XXV Disponible en: <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v25n1/art13.pdf> [Fecha de consulta: 17 de noviembre de 2019]

²⁶ AVIV, Natalia. Inhabilidad Parental por Pobreza y Susceptibilidad para la Adopción. Vulneración del Principio de la Subsidiariedad de la Adopción. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2018. Pág. 23.

²⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23° ed., [versión 23.3 en línea]. Disponible en: <<https://dle.rae.es/identidad>> [Fecha de consulta: 17 de noviembre de 2019]

²⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho A La Identidad Personal. Buenos Aires, Argentina, 1992. Editorial Astrea. Pág. 15.

²⁹ HERRERA, Marisa. El derecho a la identidad en la adopción. Tomos 1 y 2. Buenos Aires: Universidad.

dinámicos son aquellos que el hombre crea en ejercicio de su libertad, estos se irán añadiendo al componente estático para así complementar y modelar la identidad única del ser humano. Así, la identidad deviene como un proceso que comienza en el génesis de la vida del ser humano, y se prolonga aún más allá de su muerte³⁰.

Dado esto por sentado, los elementos estáticos propios del Derecho a la Identidad en la adopción corresponderían a la familia biológica o de origen del adoptado, vinculando esta faz estática con el Derecho del adoptado a conocer sus orígenes.

Por el contrario, la faz dinámica de esta abstracción de identidad que hemos expuesto abarcaría aquellos lazos que crea el niño con su familia adoptiva o con su guardadora; en el caso chileno la institución gubernamental conocida como el Servicio Mejor Niñez o las instituciones acreditadas por éste. Por ende, en el ámbito de la filiación adoptiva el derecho a la identidad comprendería no tan solo aquellos lazos, vínculos y relaciones con la familia que adopta al NNA, sino que también aquellos vínculos preadoptivos con estas instituciones destinadas al resguardo de niños y niñas.

En el ámbito jurídico, los tratados internacionales son los pioneros en resguardar y garantizar el derecho a la identidad del niño/a, ejemplo de aquello es la propia Declaración de Los Derechos del Niño que estipula en el numeral tercero que “Tiene Derecho el niño a un nombre y una nacionalidad desde el nacimiento”, asimismo, el Convenio Internacional del 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del Niño y a la cooperación en materia de adopción internacional establece en su artículo 30:

“**1.** Las autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres, así como la historia médica del niño y de su familia. **2.** Dichas autoridades asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento, del niño o de su representante a esta información en la medida en que lo permita la ley de dicho Estado.”

La CDN también reitera la idea principal de los tratados internacionales mencionados, prescribiendo en su artículo octavo que:

“Los 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.”

“Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

³⁰ MORAN, Laura. LA ADOPCIÓN Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD. Tesis (para la graduación de abogacía). Argentina. Universidad Siglo 21, Facultad de Derecho. 2017. Pág. 11

La Ley de Adopción vigente contempla la posibilidad de que el adoptado pueda conocer su historia, es decir, conocer a sus padres biológicos cuando alcance la mayoría de edad yendo al Servicio de Registro Civil e Identificación más cercano y solicitando la filiación de origen, tal cual como lo dispone el artículo 27, inciso 3°. Por el contrario, nuestra antigua legislatura establecía que el adoptado podía acceder a dicha información solo por motivos fundados (Ley N.º 18.703).

Otro de los factores importantes de este gran principio de la filiación adoptiva es el hecho de inculcar al niño/a los valores culturales junto a la idiosincrasia de la sociedad a la cual pertenece, incluyéndose dentro de este derecho a la identidad: el factor sociocultural, el cual también se encuentra protegido por la Convención en el artículo 29, señalando que: “1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya”.

1.4.4. Derecho del niño a dar su Opinión y a otorgar su Consentimiento respecto de su Adopción

El artículo 12 de la CDN estipula que los Estados partes garantizarán que el niño pueda forjarse su juicio propio. Este principio rector en materia de adopción, comprende primeramente la edad y la madurez del niño.

De la misma manera, la ley N.º 19.620 recoge este principio en el artículo tercero mencionando que, durante los procedimientos, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez. Así, solo excepcionalmente y amparado en el principio del interés superior del niño, el juez puede ir en contra de la opinión del menor de edad. Así lo ratifica la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en la causa rol 656-2005: “Que si bien, en todas las decisiones que incumben al menor es necesario oírlo y tener en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, no corresponde resolver teniendo en cuenta únicamente su opinión, particularmente si los dichos del menor solo expresan un querer no sustentado en antecedentes que hagan plausible la necesidad de acoger tal drástica decisión”³¹.

³¹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Sentencia del 27 de mayo de 2005, causa rol 656-2005, considerando 8º, “que si bien, en todas las decisiones que incumben al menor es necesario oírlo y tener en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, no corresponde resolver teniendo en cuenta únicamente su opinión, particularmente si los dichos del menos solo expresan un querer no sustentado en antecedentes que hagan plausible la necesidad de acoger tal drástica decisión”. 27 de mayo de 2005.

Lo que se puede extraer del párrafo citado es que, el niño o el menor adulto dentro de la duración del “procedimiento de susceptibilidad de adopción”, puede contradecir la decisión de ser adoptado, aplicándose el principio del Niño a ser Oído. No obstante, el juez al escuchar la opinión de él, deberá tenerla presente hasta la ulterior resolución, pudiendo decidir a favor o en contra de ella.

1.4.5. Principio de Igualdad y No Discriminación de Niños y Niñas

El principio de Igualdad y No Discriminación ha sido, es y será un punto de partida para el respeto de los derechos adquiridos por las personas, tanto a nivel internacional como nacional.

En el ámbito internacional lo encontramos desde sus inicios en el propio preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas (1945) respecto de “La igualdad de Derechos de Hombres y Mujeres” como uno de las metas principales el respeto de los Derechos Humanos “Sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”, de ahí en más, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, se formulan las garantías tal que: “Todas las personas”, o a “Todos los seres humanos”, reafirmando indirectamente este principio³².

En el ámbito nacional, nuestra Constitución Política de la República, en su primer artículo dispone que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Del mismo modo, en nuestro código civil también existe una regulación sistemática del principio, en el artículo 57 establece que “la ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a adquisición y goce de los derechos civiles que regla este código. Junto con ello, el artículo 33 del mismo *corpus* prescribe: “Tienen el estado civil de hijos respecto de una persona aquellos cuya filiación se encuentra determinada, de conformidad a las reglas previstas por el Título VII del Libro I de este Código. **La ley considera iguales a todos los hijos.**”

Ahora, en cuanto a instrumentos internacionales que norman el principio en estudio, encontramos el artículo 2.1 de la Convención de Los Derechos del Niño, establece:

“Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”

³² SHELTON, Dinah. 2008. Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. [En línea] Anuario de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile, 4: pp. 15-39. Disponible en: <<https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13488>> [Fecha de Consulta: 15 de abril de 2022]

De lo anterior se extrae que, se discrimina cuando se realiza cualquier distinción entre los niños por su raza, color, sexo, etc. Afectando el goce de los derechos establecidos en la CDN. La protección especial que la CDN brinda contra la discriminación se explica por la especial condición de vulnerabilidad en que se encuentran NNA y frente a las cuales las normas generales resultan insuficientes³³, por ende, el niño, niña y adolescente puede ser discriminado también por el actuar de sus padres, estableciendo de esta manera que pueda ser discriminado por:

- (a) en razón de su especial posición en la sociedad (por ejemplo, a través de ciertas formas de castigo);
- (b) cuando son comparados con otros NNA y, en especial, frente a los adultos;
- (c) en razón de su género o su pertenencia a ciertos grupos sociales que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad.³⁴

Es del todo dable decir que la Ley N.º19.585 conocida como la Nueva Ley de Filiación vino a agregar importantes cambios en cuanto al principio de igualdad se refiere, toda vez que viene a cumplir los mandatos internacionales que ha ido contraído nuestro país, en particular el de la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 17.5, el cual proclama: “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”. El profesor Ramos Pazos añade: “La Ley N.º 19.585 iguala los derechos de todos los hijos, con lo que no hace más que cumplir con el claro mandato de la Constitución Política de la República”³⁵, que entre las bases de la institucionalidad establece: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (art. 1º inc. 1º), agregando en seguida que “es deber del Estado asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Así podemos reconocer que la nueva Ley de Filiación viene a cumplir una labor importante respecto de los Derechos del Niño y configura un nuevo entendimiento del principio de igualdad en nuestro orden jurídico interno.

1.4.6. Derecho a ser oído

El derecho del niño a ser oído es uno de los principios rectores dentro de nuestro Derecho de Familias, junto a los ya mencionados: Interés superior del niño e igualdad y no discriminación. Así lo señala nuestra legislación en el artículo 16 de la Ley N.º19.968 que crea los Tribunales de Familia.

³³ BESSON, Samantha. “*The principle of non-discrimination in the Convention of the Rights of the Child, en Children’s Rights: Progress and Perspectives. Essays from the International Journal of Children’s Rights*” (Michael Freeman ed., Martinus Nijhoff Publishers: 2011), p. 98.

³⁴ ARCHARD, David, Children. “*Rights and childhood*” (Routledge: 2004 2ª ed.), p. 61.

³⁵ RAMOS PAZOS, René. “*Derecho de familia*”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2009, pág. 401.

Del mismo modo, el Código de Bello aunando a lo anterior estipula ciertos casos en los que se debe velar por el respeto de este derecho, tales como el del artículo 227 en materia de cuidado personal e inhabilidad parental para detentar el cuidado personal en que se deberá escuchar al niño, el artículo 229 inciso 3° sobre materia de régimen de relación directa y regular, y por último, el artículo 242, inciso 2°.

Nuestro código civil no estipuló estos derechos sino hasta el año 2013 con la Ley N.º20.680, o también denominada “Ley Amor de Padre”, la cual tuvo como eje principal equilibrar la posición de padres y madres que viven separados respecto a los hijos en lo que dice relación al cuidado personal, régimen de relación directa y regular (antiguas visitas) y patria potestad, como también implementar la corresponsabilidad parental, por ejemplo, con el cuidado personal compartido.

El principio en estudio establece una verdadera obligación procesal para los magistrados en lo relativo a que debe estar presente en cada una de las sentencias judiciales donde se regulen materia relacionada a niños. Esto es, que sean o no partícipes de algún procedimiento, tal cómo se refleja en la institución del Acuerdo Completo y Suficiente en el artículo 27 NLMC de la Ley N°19.947³⁶, el cual establece que se deberá tener una consideración primordial por el interés superior del hijo y de las opiniones vertidas por ellos, en función de su edad y madurez.

De manera complementaria, en la Opinión Consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos se preguntó acerca de la participación del niño en procedimientos judiciales y administrativos, señalando que: “El derecho del niño a ser oído contempla la oportunidad de expresar su opinión en cualquier procedimiento en el cual se discutan sus derechos, siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio. Este elemento es angular para el debido proceso del niño, a fin de que “sea leído como una instancia de diálogo, en la que la voz del niño sea tenida en cuenta, de modo de considerar que lo que él o ella consideren respecto al problema de que está involucrado”³⁷.

Asimismo, la Corte Interamericana afirma que este derecho debe ser aplicado en cualquier procedimiento en el cual un niño, niña o adolescente estuviere implicado: *“el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.”*³⁸

³⁶ Ley N.º 19.947 conocida también como la “Nueva Ley de Matrimonio Civil”, Chile. Ministerio de Justicia. 2004. “Ley que vino a modificar en gran parte el sistema matrimonial chileno”. 17 de mayo de 2004.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/2002, pp. 20-24

³⁸ Ibid. pp.75-76.

Nuestro país, hasta el año 2018, no había cumplido satisfactoriamente la obligación contraída en los tratados internacionales respecto al resguardo del Derecho a ser oído en el ámbito judicial, hasta la dictación de la Ley N°21.067, la cual crea la Defensoría de la Niñez, y regulan las funciones y facultades del Defensor, particularmente en los artículos 14 y ss. las cuales en resumidas cuentas son: a) Difundir, promover y proteger los derechos de los niños de acuerdo a lo que establece la presente ley y b) Intermediar o servir de facilitador entre los niños y los órganos de la Administración del Estado o aquellas personas jurídicas que tengan por objeto la promoción o protección de derechos de los niños. Hablamos de una falta de respuesta de nuestra legislación hasta el año 2018, ya que, desde que Chile ratificó la Convención de Los Derechos del Niño, en el año 1990, no había regulado lo establecido en sus artículos 12.2 y 40.3, los cuales prescriben respectivamente lo siguiente: **“12. 2.** Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”.

“40.3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes...”

Para finalizar este apartado relativo a los principios y derechos que consagra el sistema de adopción chileno cabe afirmar lo siguiente: Las leyes chilenas cada década se van acercando a un modelo ideal e integral de protección de los derechos del niño en relación a lo establecido en los diversos tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país. Sin embargo, se debe decir desde ya, que en materia de adopción todavía existen grandes falencias tales como, el Mejor Niñez como órgano garante de los Derechos de los Niños, como en sus latos procedimientos, asimismo, existen todavía vacíos y contradicciones jurídicas que no permiten resguardar del todo estos Derechos, ejemplo de esto es la institución en examen.

1.5.LA ADOPCIÓN PRENATAL EN CHILE: Ámbito de aplicación, conceptualización, caso de embriones crío-preservados.

Después de haber realizado el análisis de los Principios y Derechos que envuelven el Sistema de Adopción, es necesario hacer el vínculo con la institución de la adopción prenatal, es por esto que a continuación se precisará una conceptualización de lo que se entiende por Adopción Prenatal y sus diversos ámbitos de aplicación. Enseguida, se analizará quiénes pueden ser declarados como susceptibles de ser adoptado y cómo se puede realizar la adopción prenatal en nuestro país según el artículo 10 de la Ley N.º19.620. Más adelante, en el segundo capítulo, se analizará si la adopción prenatal regulada en Chile tiene cabida según lo establecido en las diversas convenciones internacionales suscritas y ratificadas.

1.5.1. Consideraciones generales

Previamente a adentrarnos en profundidad a la institución que es objeto de análisis en este trabajo, es conveniente desglosar y definir qué entendemos por “Adopción Prenatal”. En primer lugar, hay que conceptualizar la Adopción, y como señalamos anteriormente se puede precisar como aquel proceso social y legal por el cual se puede establecer una relación de padres e hijos, sin necesidad de que exista un vínculo de parentesco entre ellos. En tanto “prenatal” según la definición de la Real Academia Española, se establece como: “que existe o se produce antes del nacimiento”³⁹. De manera que podemos definir la Adopción Prenatal como aquel proceso social y legal que tiene como objeto establecer una relación filial entre padres adoptivos y el niño, antes de su nacimiento.

Para que este proceso se lleve a cabo, nuestro ordenamiento jurídico realizó una distinción entre el procedimiento de susceptibilidad de ser adoptado, el cual tiene como objetivo que un juez declare que determinado NNA puede ser adoptado, y el procedimiento mismo de adopción para establecer la filiación adoptiva entre el niño y los padres que pretenden adoptarlo. De modo tal que, para iniciar el proceso de adopción, previamente se deberá declarar al NNA como susceptible de adopción.

³⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Fecha de Consulta: 27 abril 2020]

Para mejor entendimiento de lo señalado, conviene explicar quiénes pueden ser susceptibles de adopción en Chile según la Ley de Adopción que rige actualmente.

1.5.2. Legislación de la Adopción Prenatal en Chile.

Continuando, En el título II de la Ley de Adopción, más precisamente en el artículo 8° se dispone que: “Los menores 18 años que pueden ser adoptados, son los siguientes:

- a) El menor cuyos padres no se encuentren capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él y que expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el juez competente.
- b) El menor que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes, de conformidad al artículo 11
- c) El menor que haya sido declarado susceptible de ser adoptado por resolución judicial del tribunal competente, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 12 y ss.”

El artículo 9°, por su parte precisa cómo se llevará a cabo el procedimiento para los menores que cuyos padres no se encuentran en condiciones de hacerse cargo de ellos, estableciendo lo siguiente: “El procedimiento se iniciará con esa declaración de voluntad y se procederá en la forma que se indica: 1. La audiencia preparatoria se llevará a cabo entre el décimo y el décimo quinto día posterior a la presentación de la solicitud. Al ratificar la declaración de voluntad, el juez informará personalmente a él o los solicitantes sobre la fecha en que vencerá el plazo con que cuentan para retractarse.

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

3. El Tribunal comprobará que los padres del menor de edad no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él. Se entenderán comprobadas estas circunstancias con el informe que, en tal sentido, haya emitido y presentado en audiencia aquel de los organismos aludidos en el artículo 6° que patrocine al padre o madre compareciente o, si no mediare tal patrocinio, con el que el tribunal ordene emitir a alguno de esos organismos, para ser conocido en la audiencia de juicio

4. Si el padre o la madre que no hubiere deducido la solicitud hubiere fallecido o estuviere imposibilitado de manifestar su voluntad, bastará la sola declaración del compareciente. En dicho caso, como también si no se deduce oposición, el tribunal resolverá en la audiencia preparatoria, en tanto cuente con la rendición del informe a que alude el numeral precedente y haya transcurrido el plazo de retractación a que se refiere el numeral 1 precedente.

5. En su caso, la audiencia de juicio se llevará a cabo dentro de los quince días siguientes a la audiencia preparatoria. Sin embargo, si el plazo de retractación a que se refiere el numeral 1 precedente estuviere pendiente a esa fecha, la audiencia de juicio se efectuará dentro de los cinco días siguientes a su vencimiento.

6. La notificación de la sentencia definitiva a los comparecientes, en todo caso, se hará por cédula en el domicilio que conste en el tribunal, salvo que sea posible efectuarla en forma personal en la audiencia respectiva.”

Es de suma relevancia enumerar cómo se desarrolla el procedimiento, puesto que la institución de la adopción prenatal en nuestro país se sujeta completamente a lo dispuesto en el apartado anterior, esto debido a lo que consagra el artículo 10: “El procedimiento a que se refiere el artículo anterior **podrá iniciarse antes del nacimiento del hijo, sólo cuando sea patrocinado por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante éste.** En tal caso, se efectuarán los trámites que correspondan, y sólo quedará pendiente la ratificación de la madre y la dictación de sentencia. En caso de no existir patrocinio, el tribunal remitirá los antecedentes al Servicio Nacional de Menores, suspendiendo la tramitación de la solicitud.

Dentro del plazo de treinta días, contados desde el parto, la madre deberá ratificar ante el tribunal su voluntad de entregar en adopción al menor. No podrá ser objeto de apremios para que ratifique y, si no lo hiciera, se la tendrá por desistida de su decisión. Con todo, si la madre falleciere antes de ratificar, será suficiente manifestación de su voluntad de dar al menor en adopción la que conste en el proceso. Ratificada por la madre su voluntad, el juez citará a la audiencia de juicio para dentro de los cinco días siguientes.”

Mediante lo prescrito, y en concordancia con lo establecido en el reglamento de la Ley que regula adopción en su Título II “De los registros de personas interesadas en la adopción de un menor de edad y de personas que pueden ser adoptadas”, artículo 5: “Asimismo, el Servicio Nacional de Menores deberá llevar un registro de menores que pueden ser adoptados, el que se formará sobre la base de las sentencias que declaren la susceptibilidad para la adopción de los mismos”. De esta forma se establece que el

nasciturus podrá quedar dentro de los registros del Servicio Mejor Niñez o en alguno de los organismos acreditados por este para que pueda entregarse en adopción una vez nazca a los padres adoptivos solicitantes, una vez haya sido ratificada la voluntad de la madre biológica dentro de los 30 días fijados por la Ley.

Como ya hemos venido señalando en cada apartado, el tema central de este trabajo es la adopción prenatal, institución que en nuestro país se configura por lo mencionado en el artículo 10 de la Ley de Adopción que se expuso anteriormente, respecto del procedimiento de susceptibilidad, mediante el cual la madre gestante entrega su consentimiento para que el niño o niña que está esperando sea dado en adopción una vez nazca.

1.5.3. Adopción de embriones crío-preservados

La adopción prenatal de estos embriones entendida como: “la donación de los mismos para ser implantados, con el consentimiento de los padres biológicos, en una mujer distinta a la madre biológica”.

Existe una arista de aplicación internacional respecto a la institución de la Adopción Prenatal, relativa a la adopción prenatal de embriones crío-preservados, por lo que se dará cabida y se analizará su desarrollo.

Desde un punto de vista ontológico, la adopción prenatal es una gran respuesta a la continuación natural del proceso biológico, que es dar vida; luego desde el punto de vista científico-médico es la manera más adecuada para mantener la reproducción de células dentro del útero de una mujer, puesto que el método de congelación tiene un tiempo de eficacia, por lo que el mantenerlos eternamente en estos centros médicos ocasionaría la descomposición de muchos de ellos; desde la óptica jurídica la adopción prenatal de embriones congelados permite sostener el motivo por el cual los padres genéticos lo entregaron para que fuera objeto de una técnica de reproducción asistida, del mismo modo se respetaría el derecho de la madre de decidir libre y responsablemente la cantidad de hijos que desea tener.

Asimismo, la adopción prenatal de estos embriones sirve como solución a la sobrepoblación de ellos sin un destinatario determinado en los centros médicos especializados para las Técnicas de Reproducción Humana.

La adopción prenatal de embriones crío preservados o embriones congelados se tratará también en el análisis comparativo con la legislación española, que presenta una grave sobrepoblación de embriones en sus centros médicos especializados en la práctica de reproducción asistida, puesto que no hubo un control del ingreso, hecho por el cual se desconocen al día de hoy la cantidad de ellos. Una de

las posibles soluciones que se plantearon fue la posibilidad de dar en adopción aquellos embriones, ya que cumpliría con el objetivo principal de su congelamiento: el dar vida, en el útero de una mujer.

De esta forma se afirma que la posibilidad de la adopción prenatal de embriones queda supeditada a la dictación de una Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En nuestro país se levantó la moción de regular las TRHA mediante un proyecto de ley presentado en el año 2018, con el propósito de dar respuesta al tráfico y mercado de los “vientres de alquiler”, esto en virtud del avance legislativo que ha tenido en los países europeos, cuestión que tarde o temprano nuestro país deberá discutir, contestar y promulgar.

Esta forma de adoptar prenatalmente varía en torno a lo que hemos analizado en el presente trabajo, ya que aquí hablamos de embriones y en lo que hemos venido analizando la adopción prenatal más bien es el otorgamiento de un consentimiento que realiza la madre de manera previa al nacimiento del niño.

Ahora bien, cuando hablamos de embriones, se tomará lo afirmado en el proyecto de Ley presentado para la regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, el cual lo define como: “organismo humano, producto de la división del cigoto durante los primeros 56 días de su desarrollo u ocho semanas, después de la fertilización, excluyendo cualquier momento durante el cual su desarrollo haya sido suspendido” ; al proceso de crio preservación, se le denomina como aquella técnica a través de la cual se congelan los embriones -mediante vitrificación- para evitar la formación de cristales de agua dentro de las células- a una temperatura de menos 196 grados Celsius, en estadio de blastocisto (día 5 o 6 de desarrollo), lo que permite transferir un menor número de embriones al útero“.

CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EL DERECHO COMPARADO QUE REGULAN LA ADOPCIÓN PRENATAL

2.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Antes de dar paso al análisis exhaustivo de las prescripciones internacionales que rigen en materia de adopción y la legislación comparada, es dable recordar y destacar qué entendemos por “tratado internacional”. Para la conceptualización se ocupará la definición entregada por la Convención de Viena, la cual indica que es “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional, ya sea que conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación particular”⁴⁰. Del mismo modo, se vuelve necesario precisar que “Si el sujeto activo de los derechos humanos es el individuo, es también evidente que su sujeto pasivo, es decir, el titular de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, son los estados (...) El estado es responsable de toda acción u omisión violatoria de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos cometida por cualquier órgano estatal o por cualquier funcionario estatal”⁴¹.

En cuanto a la interpretación de los tratados internacionales, la Convención de Viena en el artículo 31 establece que:

“todo tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente de los términos que utiliza en su contexto, y teniendo en cuenta su objeto y fin, salvo que conste la intención de otorgar un sentido especial a un término específico”⁴²,

Puede desprenderse de esta disposición que se contemplan tres de las formas de interpretación jurídica, esto es, la literalidad, la finalista y la subjetiva, aunque con la preponderancia del sentido literal o corriente de las palabras contenidas en ellos. También, la convención establece un método complementario de interpretación en el artículo 33, el cual dispone que: “Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”⁴³.

⁴⁰ Convención de Viena sobre El Derecho de los Tratados. Artículo 2, Numeral primero, letra a). 27 de enero de 1980

⁴¹MEDINA QUIROGA, Cecilia. “El Derecho internacional de los Derechos Humanos y el Ordenamiento Jurídico Chileno”.

⁴² Convención de Viena sobre El Derecho de los Tratados Artículo 31. 27 de enero de 1980

⁴³ Convención de Viena sobre El Derecho de los Tratados. Artículo 33, Convención Sobre El Derecho de los Tratados. 27 de enero de 1980

Por ende, se revisarán también los trabajos preparatorios de los tratados, para brindar un análisis más detallado de lo que persiguen por medio de su normativa.

Con todo aquello, la institución de la adopción regulada por nuestro país, no debiera contravenir lo estipulado por los diversos tratados internacionales ratificados, esto en virtud del “Derecho de la integración”, entendido por este como “aquel proceso de transferencia de competencias soberanas a favor de un ente, dotado de la capacidad de generar políticas y normas directamente aplicables en los Estados integrados”⁴⁴. En otras palabras, podemos decir que el proceso de integración del Derecho Internacional “parte de la premisa de que una obligación supranacional es asumida por el Estado en el ejercicio de su soberanía, por lo que no puede estar sujeto a imposiciones”⁴⁵, sin embargo, ¿qué teoría integracionista debería aplicarse?

Nuestra Constitución Política mediante lo dispuesto en el artículo 5 inciso segundo establece: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”. Desde una interpretación lógica del artículo, se desprende que, nuestra carta magna intenta considerar la norma internacional de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos al mismo nivel que cualquier otra norma constitucional, entregándole la obligación a la Administración, a los Tribunales de Justicia y al órgano Legislador cumplir con la tarea de respetar y promover los derechos garantizados por los diversos convenios internacionales, esto según lo que se conoce en doctrina del Derecho Internacional Público como el efecto horizontal de los Derechos Fundamentales.

Luego, en cuanto a la teoría integracionista de las normas internacionales, cabe señalar que Chile, en base a la reforma constitucional de 2005 introdujo un sistema que podría considerarse como dualista moderado, es decir, se reconoce la existencia de dos ordenamientos jurídicos diferentes y se afirma la importancia del derecho nacional para asegurar la efectividad del derecho internacional; en comparación a un sistema monista que contempla un sistema jurídico como un todo, donde se incluye y conviven en una misma categoría derecho nacional e internacional. La consideración de determinar el sistema integracionista chileno como dualista moderado surge debido a que se continuó exigiendo la presencia de un acto de transformación propio del derecho interno para incorporar disposiciones internacionales, al tiempo que, para efectos de la modificación, suspensión o derogación, las reglas que deberán seguirse

⁴⁴ NÚÑEZ POBLETE, Manuel. “Tratados internacionales sobre integración y Derechos Humanos frente al ordenamiento jurídico chileno. Estudio sobre su aplicación y principios metodológicos de evaluación, ejecución y seguimiento. Informe de Consultoría.

⁴⁵ MOGROVEJO JARAMILLO, Diego. “El compromiso de adecuar la ley a un tratado: coalición o colisión, Abstracto. Revista de Derecho Foro: Problemática Constitucional de la Integración, N° 22.

son las propias que incorpora el tratado o las normas generales de derecho internacional”⁴⁶. Por ende, la ejecutabilidad (cuestión que se discutirá en profundidad en el tercer capítulo) de las normas que se encuentran en los tratados internacionales ratificados por nuestro país, dependerá del tipo de Ley que se requiera para modificar el derecho interno, ya sea: promulgando, modificando, suspendiendo o derogando.

Ahora bien, ya teniendo claro qué entendemos por tratado y cómo se aplica el derecho internacional al derecho interno, es menester pronunciar que todos los principios que la rigen en nuestro país son tomados directamente de lo establecido en aquellos instrumentos internacionales, a modo de ejemplificación, el artículo 3.1 de la CDN establece el **principio interés superior**.

El artículo 12 del mismo tratado instituye **el derecho a ser oído** tras prescribir: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

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

El principio de subsidiariedad, no surge a nivel de normativa jurídica internacional, no obstante, sí se propugna como la base en materia de adopción internacional mediante el Convenio de La Haya que junto con el fin de “luchar contra el tráfico que se desarrollaba alrededor de las adopciones internacionales. Se centra en principios tales como: Entender la adopción como una de las formas de protección a la infancia. Comprender el carácter subsidiario de la adopción internacional, no necesariamente la única opción ante la infertilidad de una pareja”⁴⁷. Esto último, sitúa a la adopción como un modo de evitar el tráfico ilegal de niños entre países, cómo también cumplir con la labor de resguardar los Derechos del Niño, anteponiendo el resguardo a desarrollar una infancia plena, a la simple noción de adoptar por infertilidad de una pareja.

⁴⁶ ACOSTA ALVARADO, Paola. “ZOMBIS VS. FRANKENSTEIN: SOBRE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO”. [en línea] Estudios Constitucionales, Año 14, N°1. <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art02.pdf>> [Fecha de consulta: 07 de junio 2020]

⁴⁷SOTO SENRA, Georgina. “La adopción internacional, pertinencia y peligros”. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México núm. 20, 2007, p. 135.

2.2. CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN)

En el preámbulo de La convención de los Derechos del Niño, específicamente en el párrafo noveno, en referencia a la Declaración de los Derechos del Niño, se estipula que: “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, lo que a primeras luces podría indicar que el niño es sujeto de derechos incluso antes de que nazca, incluyéndose dicha calidad jurídica dentro del artículo primero de la Convención, el cual señala que niño es todo aquél ser humano menor de dieciocho años.

Sin embargo, al analizar los trabajos preparatorios de la CDN, encontramos que, la frase del preámbulo fue añadida tras la discusión que hubo por representantes de la Santa Sede quienes arguyeron que sus legislaciones contemplaban el resguardo de los derechos del nonato, mas no pretendían prohibir la posibilidad del aborto, ya que otras naciones sí lo permitían. De tal manera, el Grupo de Trabajo de la convención estableció que: “al aprobar este preámbulo el Grupo de Trabajo no pretende dar un juicio previo sobre la interpretación del artículo 1 o de cualquier otra disposición de la Convención por los Estados Partes”⁴⁸, podemos inferir que los redactores establecieron una neutralidad en cuanto a rangos y límites de protección y garantía de los Derechos del Niño. Dicho de otro modo, es dejar a discreción de cada Estado Parte la posibilidad de legislar o no el aborto, teniendo en consideración qué tipo de resguardo o protección se le otorga al *nasciturus*.

Un aspecto relevante a destacar sobre el análisis de este instrumento internacional y los trabajos preparatorios estriba en el tópico de la “atención prenatal”, el cual en un inicio estuvo prescrito en el artículo 4° del borrador aprobado por la Comisión de Derechos Humanos (CDH), mencionando que: “El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados”.

De modo que “fue la representación de Austria la que hizo ver la posible inconsistencia entre reconocer un derecho del niño al cuidado prenatal, y la posibilidad de aborto legal contemplada en diversas legislaciones”⁴⁹, premisa que reconoce efectivamente una contradicción normativa futura de Derecho Internacional y Derecho Interno, que finalmente se decidió por establecer en el artículo 24.2,

⁴⁸ NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (CDH), Informe sobre el 45° período de sesiones, 30 de enero a 10 de marzo de 1989. Párrafo 43.

⁴⁹ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. “El aborto en el derecho internacional de los derechos humanos”. Biblioteca del Congreso Nacional, Chile. P.7.

letra D): “2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: D) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres”.

De esta manera, finalmente, se dispone que: es un derecho de la madre para con el cuidado del niño que está por nacer, y no atribuyéndoselo directamente al nonato, situación que enmarca cuál es el marco jurídico que se busca instaurar.

Por otro lado, tenemos los comentarios que ha emitido el Comité De los Derechos del Niño (en adelante, el Comité, CRC o *Children Rights Committee*) sobre los tópicos que se han venido estudiando. Este Comité está caracterizado por ser un organismo experto encargado de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes; fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional; vigilar el respeto al cumplimiento de las obligaciones estatales mediante informes periódicos dirigidos a los Estados Partes y por último, pero no menos importante, realizar comentarios y recomendaciones a estos Estados sobre el alcance de las obligaciones de la Convención.

A este respecto, el CRC mediante la observación general N°4 del año 2003 exteriorizó la preocupación por el incremento del embarazo precoz, por la tasa de mortalidad de las jóvenes embarazadas y por las peligrosas prácticas abortivas, por ello es que motivó a los Estados Partes a “elaborar y ejecutar programas que proporcionen acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluida la planificación familiar, los contraceptivos y las prácticas abortivas sin riesgo cuando el aborto no esté prohibido por la ley, y a cuidados y asesoramiento generales y adecuados en materia de obstetricia”⁵⁰, sugiriendo a los Estados que tengan despenalizado el aborto el erigir un plan de aborto seguro. De este modo, se puede concluir que, la Convención no está asegurando en lo absoluto la vida del feto, como tampoco asegura prácticas abortivas seguras.

Inclusive, el mismo comité se refirió a la alta tasa de mortalidad de adolescentes femeninas por embarazos que había en nuestro país en el año 2007, la falta de servicios adecuados y accesibles de educación sexual y salud reproductiva⁵¹, recomendándole revisar la postura normativa de penalización de la interrupción del embarazo.

Si retomamos lo señalado en la Observación General N°7, el comité señala nuevamente la obligación que tienen los Estados de garantizar la salud de los niños y niñas, y para eso, se debe dar prioridad a la atención prenatal y postnatal de la madre⁵². De este modo, el objetivo que ha tenido el

⁵⁰ UNICEF. OBSERVACIÓN GENERAL N°4, Párrafo 31, 2006. Pág. 10. [En línea] Disponible en: <<https://www.unicef.org/chile/media/2641/file>> [Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2020]

⁵¹ Ídem.

⁵² Ídem.

comité ha sido enfocar sus esfuerzos en otorgar la debida protección a la salud materna, lo cual lleva consigo la protección legal del niño o niña que está por nacer. Así, la adopción prenatal estaría resguardada por este tratado, puesto que, la atención prenatal y postnatal están reguladas en favor de la protección de la madre y del niño, entregando por medio de la adopción prenatal una salida alternativa perfecta en el caso que la práctica abortiva no sea segura, garantizando la salud y la decisión de la madre respecto de su maternidad, como también velar por los Derechos del Niño y su protección legal. De esta forma, la adopción prenatal está cubierta dentro de la atención prenatal íntegra que debe recibir la madre, ya que, no tan solo mira la salud física de la madre gestante, sino también la psíquica, al proporcionar la opción de entregar al niño o niña en adopción, ya sea por decisión propia, en cuanto a derecho reproductivo; o por imposibilidad de otorgar todos los resguardos y cuidados que el niño o niña merece.

2.3. CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CADH)

La Convención Americana de Derechos humanos (en adelante, CADH o Convención Americana) incorpora un artículo que ha sido muy debatido, y al cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido en innumerables ocasiones, uno de aquellos casos se comentará en este acápite.

El artículo controversial es el 4.1 “Del Derecho a la Vida”, el cual menciona que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”, lo que podría ser interpretado como un mandato a los Estados Partes para que exista una debida protección legal al que está por nacer, desde el momento de la concepción, mas no una prohibición al aborto como derecho reproductivo de la mujer, como lo han entendido algunos países de nuestro continente, ejemplo de ello es Guatemala que, en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo realizada en El Cairo, Egipto, utilizó la CADH para explicitar que rechazaba la idea del derecho reproductivo de la mujer a abortar, afirmando que: “la interpretación del aborto como un derecho reproductivo o sexual, o como servicio de salud reproductiva, en los capítulos II y VII del documento de la CIPD, en virtud de su incompatibilidad con la Declaración Americana y la Convención Americana, señalando que la vida existe desde el momento de la concepción y que el derecho a la vida es la fuente de todos los demás derechos”⁵³.

⁵³ Naciones Unidas. Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994 cap. V, pág.70. [En línea] Disponible en: <https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf > [Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2020]

Bajo la misma línea argumental, El Salvador realizó una completa negación a la inclusión del aborto como un legítimo servicio de salud reproductiva o método de planificación familiar, aludiendo a que “somos países latinoamericanos signatarios de la CADH (Pacto de San José). En el artículo 4 de la Convención se señala claramente que la vida debe protegerse desde el momento de la concepción”⁵⁴.

Sin embargo, tras los análisis de los países centroamericanos acerca de la protección legal de la vida desde la concepción; La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha venido implementando una idea distinta a lo que se concluye al leer el enunciado en comento, junto a los dichos de nuestros países hermanos en los foros internacionales, *verbi gratia*, encontramos el caso de “Murillo y otros vs. Costa Rica”⁵⁵ del año 2012, conocido como “Caso de Fecundación in Vitro”, en este caso la Corte “abordó la interpretación de tres conceptos clave de la norma: el de protección “en general”, el de “concepción”, y el de “persona”⁵⁶, es decir la corte utilizó un análisis interpretativo literal de las palabras que se emplearon por los redactores de la Convención Americana.

De esta interpretación que realizó la Corte subyace un análisis teleológico y evolutivo de las palabras, por lo que se entiende que: “solo a partir del avance científico y técnico se ha podido determinar que la concepción está compuesta por dos momentos “complementarios y esenciales”: la fecundación del óvulo, que produce el gameto; y la implantación del mismo en el útero, esto es, que une al embrión con la progenitora que le proveerá de las hormonas y nutrientes necesarios para su desarrollo”⁵⁷, de manera que la Corte en el siguiente párrafo afirma que “el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede”⁵⁸. Lo que nos quiere decir la CIDH, es que para estos efectos el embrión no debe considerarse como persona, sino desde el momento en que este se implanta en el útero de la mujer, debido a que antes de que ocurra esta fase biológica no se puede determinar si existe preñez.

Asimismo, la Corte al examinar la palabra “en general” que se incluye en el apartado 4.1 de la Convención en comento, dice que: la voz “en general” que califica la protección de la vida desde la concepción, en su sentido literal, indica que dicha expresión se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular, pero no establece la sustancia de dichas excepciones”⁵⁹. En otras

⁵⁴Ídem.

⁵⁵ Murillo y otros Vs Costa Rica. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235> [Fecha de consulta: 29 de agosto de 2022]

⁵⁶ Óp.Cit. MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. “La protección del nonato y de la mujer embarazada en el derecho internacional”.

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Murillo y otros V Costa Rica: Caso de Fecundación in Vitro”. Párrafo 186.

⁵⁸ Ibid. Párrafo 187.

⁵⁹ Ibid. Párrafo 188.

palabras, el Pacto de San José entiende que “habrá situaciones que pueden oponer obstáculos a la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción”⁶⁰.

No obstante, ¿esto implica que las palabras “en general” concilian la postura de aquellos países que permiten el aborto como en Estados Unidos de aquellos que no como los países centroamericanos citados anteriormente? Una respuesta a esta interrogante nos la entrega la filósofa australiana Rita Joseph, quien alude que las palabras “en general” no se incluyeron para conciliar la frase “desde el momento de la concepción” con los países que permiten el aborto, sino que precisamente para afirmar que “a grandes rasgos, desde el momento más temprano de existencia o, hablando en forma más práctica, desde el primer conocimiento que se tenga de la existencia del niño por parte de la madre, el doctor y/o el Estado”⁶¹.

Otra postura diversa a lo que apunta la experta antes mencionada, es la del abogado y político argentino Rodolfo Barra, quien indica que “esta expresión no hace una salvedad al derecho a la vida, sino que buscaría enfatizar que la protección de la ley debe comenzar con la concepción. Él interpreta la expresión “en general” como diciendo “en igualdad de condiciones para todos los casos”, solución que parece artificiosa”⁶².

Para finalizar y entregar un mejor entendimiento de estas conclusiones, la Corte expresó lo siguiente: “(i) que “el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana”; (ii) que la CADH es aplicable solo después de la implantación del embrión en el útero; y (iii), que las palabras “en general” implican que la protección del derecho a la vida no es absoluta, “sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”⁶³.

Del análisis generado a partir de la posición jurisprudencial de la CIDH y las opiniones doctrinales, existe concordancia con los dichos de la especialista en lenguaje de Derechos Humanos, Joseph, ya que determinar el momento de la concepción es bastante difícil, y reflejo de ello es el escaso consenso en el derecho comparado con esta etapa biológica, quedando por consecuencia a análisis del órgano encargado de interpretar este tratado internacional, quien, tal como expusimos anteriormente, señala que el embrión no posee calificación jurídica de persona.

⁶⁰ DÍAZ, Álvaro. “Estatus del no nacido en la Convención Americana de Derechos Humanos”. [en línea] Revista Ius et Praxis, Año 18, N.º 1, 2012 P.70 <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29196.pdf>> [consulta: 07 de junio 2020]

⁶¹ JOSEPH, Rita. “Human Rights,” cit. nota n. 34, p. 225. Traducido por el autor.

⁶² BARRA, Rodolfo Carlos. “La Protección Constitucional del Derecho a la Vida”. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 60

⁶³ Óp.Cit. CORTE IDH. Párrafos 263-264

En síntesis, del análisis del artículo 4.1 del tratado examinado, y en relación con la materia estudiada en la presente memoria podemos extraer que: si bien no existe una protección del derecho a la vida absoluta, los países signatarios de esta convención deberán centrar sus esfuerzos en resguardarla gradualmente e ir aumentándola según el desarrollo de la vida gestante, lo que implica un resguardo de la madre como principal sujeto de derechos, brindando la posibilidad de que en beneficio de la protección legal al niño, se puede consentir previamente a su nacimiento para que sea adoptado por una familia.

Nuestro país ha recogido parte de esta discusión otorgándole el principio de existencia de la persona humana y el goce de los derechos al **hecho del nacimiento, entendiéndose como tal “la separación completa de la madre”**. Esta tratativa particular la encontramos dispuesta en los artículos 74,75 y 77 del Código Civil. El artículo 74 prescribe lo siguiente: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”, asimismo el artículo 75 establece que “La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra.”, bajo la misma línea el artículo 77 hace alusión a que: “Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron”. Si bien en el artículo 19 N°1 inciso segundo de nuestra Carta Magna prescribe: “La ley protege la vida del que está por nacer”, no está estableciendo que se proteja el derecho a la vida del *nasciturus*, ya que no poseen derechos. El profesor Gastón Gómez lo sintetiza de la siguiente manera: “considerar al feto como titular del derecho a la vida, desde el instante de la concepción, implica negar toda posibilidad de conflicto, incluso cuando converjan riesgos ciertos y claros para la vida de la madre al continuar el embarazo, cuando importa una ofensa y una indignidad a su condición de ser humano autónomo, y otras hipótesis similares”⁶⁴.

⁶⁴ GÓMEZ G., Derechos Fundamentales y Recurso de Protección, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2005, p.311.

2.4. LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW)

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW), establece en el artículo 16 letra e) lo que sería la piedra angular de lo que se conoce como los derechos reproductivos de las mujeres, al afirmar lo siguiente: “Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Tácitamente se desprende de este artículo una referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, al establecerse en el artículo 1 y 2 que: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y afirma que todos tienen derecho a todos los derechos y libertades establecidos en el mismo, sin distinción de ningún tipo, incluida la distinción basada en el sexo”

De tal modo, la “inextricable interrelación que existe entre el derecho a tomar decisiones reproductivas y el derecho igualitario de las mujeres a la vida, El comité de la CEDAW en reiteradas ocasiones ha tenido que abordar asuntos relacionados con el aborto y el estado de vida del feto, en el contexto de este derecho a la igualdad”⁶⁵, por lo cual en la Recomendación General N°21, “igualdad en el matrimonio” dejó en claro que la igualdad de los derechos reproductivos no son compatibles con el derecho a veto que posee el cónyuge sobre la decisión de abortar”⁶⁶. De conformidad a lo expuesto, el comité en la recomendación general N°24: “De la Salud”, reconoce la importancia que tiene el derecho a la salud de las mujeres durante el embarazo y parto, relacionado estrechamente con lo que es el derecho a la vida.

También, el comité apuntó a que: “la cobertura de los servicios de salud reproductiva es un aspecto esencial del derecho de igualdad de las mujeres”, afirmando que “contemplaría un acto discriminatorio que un Estado Parte se niegue a proporcionar legalmente un correcto desempeño en los servicios de la salud reproductiva de la mujer”⁶⁷.

De igual modo, la CIDH en el caso de “Fecundación In Vitro” se ha pronunciado en favor de los derechos reproductivos de la madre al afirmar que: “Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan

⁶⁵ COPELON, Rhonda, Et al. 2005. Human Rights Begin at Birth: International Law and the Claim of Fetal Rights. *Reproductive Health Matters*, 13(26). pág. 123.

⁶⁶ Comité sobre la Eliminación de toda Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N°21: De la Igualdad en el Matrimonio. Sesión 13a, 1994, párrafo 21.

⁶⁷ Comité sobre la Eliminación de toda Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N°24: De la salud. Sesión 13a, 1994, párrafo 24.

los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.”, bajo el mismo hilo conductual en el párrafo 149 sentencia que: “La salud reproductiva implica (...) los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables.”

Podemos extraer que, al proporcionar un servicio de salud adecuado con las necesidades de una madre embarazada, se está cumpliendo con la labor de dar protección al que está por nacer, como a su vez de garantizar el derecho a la mujer de decidir la cantidad de niños que quiere tener, como también el resguardo a su salud, de modo que si lo aplicamos a la institución de la adopción prenatal, la respuesta sería que los estados tienen la obligación de crear un programa de acompañamiento psicológico y de salud adecuado con las necesidades que tiene una madre embarazada que desea otorgar al niño o niña que está gestando en adopción, por ende, sería un derecho reproductivo más.

En nuestro país, el comité de la CEDAW, mediante constantes informes periódicos, mostró su preocupación por la legislación chilena en cuanto a la prohibición del aborto que tenía nuestro país hace unos escasos años atrás, en consideración a las altas tasas de mortalidad femenina en el embarazo. Lo que da cuenta que, esta preocupación y exigencias surgen por la necesidad de que se resguarde y garantice la protección de la vida e integridad física y psíquica de la mujer, mediante una legislación que cumpla adecuadamente con la protección de los derechos y garantías de las mujeres.

En cuanto a la materia análisis de la memoria, se puede comentar que la adopción prenatal puede surgir como fundamento de los derechos sexuales y reproductivos de manera excepcional al principio de subsidiariedad que rige en torno a la institución de la adopción. Asimismo, no se puede considerar como persona al que no ha nacido, es decir, tampoco cabe dentro de la definición de niño que otorga la Convención en el primer artículo, esto es: “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”, por ende, no es titular de los derechos y las garantías que se establecen aquí, ni en los demás tratados de la materia.

De los Proyectos de Ley analizados, en ninguno existe una discusión atinente a la calificación jurídica del niño que será adoptado una vez nazca, tampoco se habla de los tratados internacionales y sus principios para determinar por qué sí se está cumpliendo con estos estándares al regular la adopción prenatal. Asimismo, tampoco se arguye la relevancia de: “legislar a favor o en contra”, de una adopción prenatal, no existen citas internacionales, ni doctrinales.

Podemos concluir que el proyecto de ley pretende solucionar un aparente conflicto entre los derechos de la madre y los derechos del hijo, y que en ciertas situaciones la madre puede poner término a su embarazo, ya que ello constituiría un legítimo ejercicio de sus derechos⁶⁸. Tal como lo señalan doña Andrea Iñiguez y la doctora en derecho doña Marcela Peredo, en virtud de aquello es que vemos una pugna de derechos, esto es: derecho a la vida del embrión (o entendido como se ha señalado en nuestro ordenamiento jurídico, protección legal al que está por nacer) y los derechos reproductivos y sexuales de la madre. Para ello es menester establecer qué entendemos por “el que está por nacer” o el “nasciturus”.

Alejandro Serani Merlo afirma: “no existe ni puede existir un sujeto humano que no sea persona humana, ni una persona humana que no sea sujeto humano. Desde el punto de vista ontológico, ser persona –para el ser humano no es sino su modo peculiar de ser sujeto. Se trata de un mismo y único problema mirado desde dos perspectivas diversas. La primera en tanto que el ser humano es un ente natural corpóreo, la segunda en tanto que el ser humano es un ser espiritual. El embrión es un ser humano porque a partir de la unión de los gametos femenino y masculino surge una célula con una identidad propia, única. Por tanto, se trata sin lugar a dudas de una célula única, rodeada de membrana, metabólicamente activa. El espermatozoide como tal ya no existe, y el ovocito original se encuentra importantemente modificado sobre todo luego del fin de la segunda división meiótica”⁶⁹.

En este orden de ideas, Hernán Corral Talciani sostiene que “el embrión humano es una realidad científica y no una creación jurídica”⁷⁰. Debido a esto, “la vida como hecho jurídico se puede encontrar en estado embrionario, de nacido o en la adultez, vejez, etc. Así, los jueces deben interpretar estos asuntos sobre la base del principio favor libertatis, es decir, ante la duda razonable de la posible eliminación de un ser humano deben optar por la norma que favorezca el derecho del embrión para que la muerte de un ser humano no sea el razonamiento que se deduce de la protección constitucional de los derechos”⁷¹.

Según los dichos del profesor Gonzalo Yáñez e interpretados por el profesor Rodrigo Soto en la revista *ius et praxis*, establece que el primero alude a que el embrión humano es una cosa, homologándose así su status, al que cabe reconocerle, por ejemplo, a los gametos humanos (si bien, y como se precisará enseguida, la igualdad general de status no necesariamente ha de trasuntarse en una estricta igualdad de

⁶⁸ IÑIGUEZ MANSO, Andrea, Marcela Peredo Rojas. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN PARA LOS APARENTES CONFLICTOS JURÍDICOS QUE SE PUEDEN SUSCITAR ENTRE EL DERECHO A LA VIDA DEL QUE ESTÁ POR NACER Y LOS DERECHOS DE LA MADRE, Revista Derecho Público Iberoamericana, N.º 11, Santiago, Chile, noviembre del 2017

⁶⁹ SERANI Alejandro, “El estatuto antropológico y ético del embrión humano”. Revista Cuaderno de Bioética, Volumen 8, N.º37, Santiago, Chile, 31 mayo de 1997, P. 1070.

⁷⁰ CORRAL Hernán, “El embrión humano: Consideraciones sobre su estatus jurídico a propósito de la despenalización del aborto”, Cuaderno de Extensión Jurídica, N.º27, Santiago, Chile, 2015. p. 185

⁷¹ Óp. Cit., p. 38

trato). En cambio, afirma Figueroa, desde su implantación, el embrión adquiere el carácter de sujeto de derechos⁷².

Sumando a la discusión y a la opinión doctrinaria chilena, el ex decano de la facultad de Derecho de la Universidad de Chile, don Davor Harasic, en el pleno del Tribunal Constitucional declara que: “El inciso segundo del artículo 19 de la constitución dice que existe una protección legal al que está por nacer, y ¿por qué entonces si fuera lo mismo habría sido necesario este inciso segundo?, la constitución no redunde en argumentos, la constitución es sumamente clara al establecer situaciones distintas (el derecho a la vida y la protección del que está por nacer) en incisos diferentes respecto de situaciones similares, pero nunca iguales (...) Si la mujer se encuentra en riesgo vital, no puede preferirse un objeto de protección que no es titular del derecho a la vida, por sobre una persona que sí lo es”⁷³.

De esta mirada expone el criterio literal interpretativo de nuestro ordenamiento jurídico a la luz de lo que señala el artículo 74 del Código Civil al respecto y el inciso segundo del artículo 19 de nuestra carta magna.

Tomando en consideración todas las visiones vertidas, la del profesor Harasic bajo la interpretación literal que establece nuestro Código Civil y nuestra Constitución respecto del nasciturus, tiende a ser la más acertada y sustentable dentro de lo que se prescribe en nuestra nación, ya que, ningún otro cuerpo legal ha establecido el atributo de la personalidad al que está por nacer, sino que se ha convenido tanto en el artículo 75 del código de Bello y el 19 N°2 de nuestra constitución política: la obligación de protección del nonato, mas no por encima del derecho a la vida de la madre en el caso de riesgo vital; en caso de inviabilidad del feto ni mucho menos por el delito de violación y obligarla a engendrar un hijo del cual no tuvo voluntad de tener.

En consecuencia, lo más relevante de esta discusión no es fijar la penalización del aborto, sino que resguardar la protección de manera suficiente del que está por nacer. En otras palabras, bajo la obligación que tiene el legislador de proteger al nonato no se puede trasgredir la prohibición de exceso, esto es, sus medidas de protección no pueden constituir afectaciones inconstitucionales a los derechos de la mujer embarazada.

Ahora bien, analizando los derechos de la mujer, según la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (en adelante, CEDAW), ratificada y suscrita por nuestro país, en su acápite 16.1 letra e) pacta lo siguiente respecto de la igualdad de los derechos entre

⁷² FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, “Persona, pareja y familia”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 56.

⁷³ HARASIC Davor, Postura de la U. de Chile ante Tribunal Constitucional por ley #aborto3causales, [Vídeo] YouTube, 17 de agosto de 2017, Minuto de escucha: 7:30-10:00.

hombres y mujeres: “Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Cabe recordar que “el mandato del derecho humano a la igualdad prescribe la obligación de tratar a todas las personas con igual consideración y respeto, a pesar de sus diferencias”⁷⁴.

Entregando una óptica feminista y jurídica, la Corporación Humanas, (grupo de mujeres feministas, profesionales y defensoras de los derechos humanos que se reúnen con el fin de generar acción, reflexión e incidencia en el desarrollo institucional del país) comenta al respecto que: “Los Derechos Sexuales y Reproductivos son aquellos que permiten a todas las personas, sin discriminación ni violencia o coerción, ejercer plenamente su sexualidad como fuente de desarrollo personal y decidir autónomamente sobre la sexualidad y reproducción, contando para ello con la información, los medios y servicios que así lo permitan”⁷⁵. Asimismo, es dable destacar desde la misma mirada que, “Los derechos sexuales y reproductivos no son privativos de las mujeres, son derechos de todas las personas”.

Para la doctora en Derecho, doña Mónica Arango, “los derechos sexuales y reproductivos se fundamentan en el derecho a la igualdad, autodeterminación y dignidad humana”⁷⁶

No obstante, cuando se criminaliza el aborto, como sucede en nuestro país, se está negando este derecho a la dignidad de la mujer para que ella tome decisiones en función de su desarrollo íntegro y personal y se erige un sistema que acciona a que la mujer responda más bien a presiones sociopolíticas, morales y jurídicas.

De este modo, el ejercicio de la sexualidad y las capacidades reproductivas de las mujeres, es posible observarla en la toma de decisiones totalmente contrarias a su propia autonomía. Por ejemplo, nos encontramos con el caso de mujeres que no quieren llevar a término un embarazo y aun cuando tienen la posibilidad legal de interrumpir el embarazo, la desechan por motivos religiosos y/o morales que han incorporado durante la crianza y que cultivan en su adultez, los cuales replican la figura de la mujer como reproductora de la especie⁷⁷.

⁷⁴ VALENZUELA Cecilia, Luis Villavicencio. La constitucionalización de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Hacia una igual ciudadanía para las mujeres. Ius et Praxis, vol. 21 N°1, Talca, Chile. 2015.

⁷⁵ CORPORACIÓN HUMANAS. “Nueva Constitución y Derechos Sexuales y Reproductivos”. [en línea] <<http://www.humanas.cl/wp-content/uploads/2016/08/Booklet-NC-DDSSRR.pdf>> [Fecha de consulta: 01 de mayo 2020]

⁷⁶ ARANGO Mónica, “Derechos sexuales y reproductivos”, en Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica, Santiago, Chile, 2014. P. 211.

⁷⁷ Ídem.

Por otro lado, los derechos sexuales y reproductivos están tomando cada vez mayor influencia en nuestro país, sobre todo por las consideraciones consignadas en los tratados internacionales, junto al paradigma que plantea el feminismo en base al derecho a la igualdad, autodeterminación y dignidad.

2.5. CONVENIO DE LA HAYA RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

El Convenio de la Haya sobre la Protección del Niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (en adelante, el Convenio de la Haya), suscrito y ratificado por nuestro país el año 1999, establece en el artículo 4, letra a) : “Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen: a) han establecido que el niño es adoptable”, esto relacionándolo con nuestro país, lo asimilamos al proceso de susceptibilidad de adopción, el cual puede iniciarse cuando el niño aún no ha nacido, según lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Adopción.

El mismo artículo, en la letra c) numeral primero, dispone que: “las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento”, y el numeral tercero, lo siguiente: “el consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño”. Realizando un análisis sistemático de este artículo se desprende que el consentimiento de entrega del NNA en adopción solo puede otorgarse cuando este ya haya nacido, siempre y cuando haya establecido que el niño es susceptible de ser adoptado, en conjunto con haberse cumplido las asesorías psico-sociales y programas de información a la madre acerca de la decisión de entregar en adopción al niño o niña.

Nuestra actual legislación permite que se inicie el proceso de susceptibilidad antes del nacimiento, pero esta decisión de entrega del niño/a en adopción, siempre debe ratificarse con un plazo fatal de 30 días, entendiéndose que, si no ratifica, es decir, no entrega su consentimiento efectivo de entregarlo una vez nacido, se tendrá por desistida la decisión.

De esta forma, podemos concluir que el consentimiento válido y efectivo es aquél que se otorga con la ratificación dentro de este plazo estipulado por la Ley. Esta determinación que ha tomado nuestro legislador se colige por lo establecido en Los Trabajos Preparatorios de este convenio, específicamente en lo establecido en los *papers* N°148 y 152 los cuales recomiendan que: “el consentimiento de la madre

solo sea válido cuando se dé treinta días después del nacimiento”⁷⁸, junto a ello, también se extrae la posibilidad de dar inicio al proceso de susceptibilidad de adopción antes de que nazca el niño, tal como sucede en nuestro país.

De todas las convenciones internacionales suscritas y ratificadas por nuestro país analizadas con detenimiento a lo largo de este capítulo, con miras en perspectiva a la regulación de la adopción prenatal se puede concluir que existe un gran sustento jurídico para motivar a los estados a legislar una forma de adopción prenatal, otorgando la posibilidad de que la madre gestante otorgue el consentimiento antes del nacimiento de su hijo, para que éste sea dado en adopción, protegiendo de esta manera el Derecho reproductivo de la madre a elegir la cantidad de hijos que desea tener, como también el resguardo de su salud física como psicológica, propugnando la incorporación de programas de acompañamiento a aquella madre que desea dar en adopción su hijo una vez nazca; por otro lado, también se está protegiendo legalmente la vida del que está por nacer, como sus derechos subjetivos, una vez nazca.

2.6. MARGEN DE LA ADOPCIÓN PRENATAL EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y ARGENTINA

En este subtema se comparará tanto la legislación y doctrina de española y Argentina con la de nuestro país, particularmente en materia de: Adopción; calificación jurídica de persona en razón del derecho interno (Constitución y Código Civil); Consentimiento prenatal y adopción prenatal. Habrá un análisis en profundidad de un caso en el país trasandino que tuvo gran repercusión a propósito de la materia en discusión.

2.6.1. Legislación española

A continuación, se realizará un breve resumen de cómo evolucionó el estatuto de la filiación adoptiva en España, para luego mencionar cuál es la legislación actual respecto de la Adopción Prenatal, la calificación jurídica que recibe el nasciturus, y qué ha mencionado la doctrina y la jurisprudencia al respecto.

⁷⁸ Trabajos preparatorios del convenio de la Haya sobre protección del niño y a la cooperación, párrafo 109, página 202. [En línea] Disponible en: < <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=918>> [Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2020]

2.6.2. Marco jurídico histórico

Para enfocar de buena manera la comparación legislativa con el país ibérico, debemos comenzar haciendo una reseña histórica de la institución de la adopción en dicho país, para luego analizar la posición legal que se tiene sobre la adopción prenatal, su postura doctrinaria y jurisprudencial.

A mediados del siglo XIX, el movimiento codificador se encontraba en pleno apogeo en toda Europa, e Iberoamérica a raíz de la creación y dictación del *Code Civil* de Napoleón, ejemplo de ello es el proyecto del código civil español que surge en el año 1851. Esta propuesta legislativa contemplaba en uno de sus apartados a la adopción como una institución de poca importancia social y práctica, y la finalidad que tenía era únicamente la de “dar cumplimiento a los deseos de aquellos matrimonios a los que la naturaleza no había dado hijos biológicos”⁷⁹, *verbi gratia* el niño que era adoptado derechamente no se integraba dentro de la familia que lo adoptaba, no poseía derechos sucesorios de dicha familia, sino que permanecían en la de origen, sólo se tenía la patria potestad sobre el NNA. Para que procediera la adopción se requería de la aprobación del edil.

Esta delineación del sistema de adopción se mantuvo en la modificación del código civil que se dictó en el año 1889, el cual solo integraba de manera novedosa, la adopción de mayores de edad y el pronunciamiento judicial para la aprobación de la adopción.

Luego, con la reforma del año 1958, la adopción se dividió en: “plena” y “menos plena”, estableciéndose una edad mínima de adopción de 35 años de edad y una diferencia de 18 años entre adoptante y adoptado⁸⁰. La adopción plena se estableció para aquellos niños o niñas menores de 14 años de los cuales se desconociera quiénes fueran sus padres o fuesen abandonados. El adoptado adquiriría la calificación jurídica de “hijo natural reconocido”, lo que implicaba obtener los apellidos de la familia adoptiva, mas no sus derechos sucesorios y alimenticios.

En cuanto a la adopción “menos plena”, básicamente se sostuvieron las mismas estipulaciones que las prescritas en el código civil de 1889, con la excepción de que podían utilizar los apellidos del adoptante y los derechos sucesorios cuando hubiese mención expresa del adoptante en la escritura pública de constitución de adopción. Cabe señalar que quiénes podían adoptar eran los matrimonios sin descendencia y que llevasen cinco años de casados.

En el año 1970, nace la primera gran reforma al sistema adoptivo español, con la asimilación del hijo adoptado a la calidad jurídica de “hijo legítimo” adquiriendo de forma total el apellido de sus padres

⁷⁹ FERNÁNDEZ, María Cruz. “Reseña Histórica de la regulación legal de la adopción en España”. 2014. Pág. 2-3

⁸⁰ Ibid. Pág. 4

adoptivos y de forma casi completa los derechos sucesorios, esto debido a que la relación era solo con su familia adoptiva, es decir padre y madre, pero no respecto al resto de la familia, asimismo se dejó de exigir que el adoptado fuese abandonado, ampliando el concepto de adopción plena, y se permitió que adoptaran personas solteras.

A fines del año 1987, se dictó la Ley de Adopción, la cual instauró una reforma sustancial a la institución, puesto que, estableció que el adoptado ingrese totalmente a la familia adoptante, como también la eliminación completa del sistema de constitución de adopción a través de la vía de la escritura pública, pasando a ser un proceso netamente judicial. Tras la entrada en vigencia de la Carta Fundamental de 1978, esta ley vino en designar a las Comunidades Autónomas como responsables y principales garantes de la protección de los derechos de los niños y del adoptado.

A mediados de la década siguiente, en el año 1996, el ordenamiento jurídico se dispone en orden a respetar e integrar las obligaciones pactadas en los diversos tratados internacionales que resguardan y protegen los derechos del niño. España se vio en la necesidad de realizar una reforma al sistema de adopción, reflejo de ello es la dictación de la Ley Orgánica 1/1996 sobre protección jurídica del menor y modificación del Código Civil y el de Enjuiciamiento Civil⁸¹, esto en la medida de que: i) todos los operadores que resguarden los derechos del niño deberán velar por el respeto irrestricto del interés superior del niño, como el respeto a la Constitución y los tratados internacionales ratificados relativos a los derechos del niño (Convención de los Derechos del Niño de 1989 y el Convenio de La Haya de 1993); ii) eliminación de toda discriminación respecto de la calificación jurídica de los niños (eliminación de clasificación por hijos legítimos, ilegítimos y naturales).

Actualmente, está en proceso un Proyecto de Ley Orgánica que trata sobre la protección de la violencia en la infancia y Adolescencia a propósito de lo encomendado por el Comité de los Derechos del Niño. Los cambios estructurales y las modificaciones que se buscan añadir son: i) Regulación de situaciones de riesgo y desamparo del niño; ii) agilización y aumento en las garantías del procedimiento de adopción iii) establecimiento de la “adopción abierta” eliminando los vínculos jurídicos del adoptado con la familia de origen; iv) posibilidad de que el niño conozca sus orígenes cuando haya alcanzado su mayoría de edad o incluso antes, entre otras.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación de la adopción prenatal, entendida como la susceptibilidad de adopción antes del nacimiento, no adquiere asidero en la legislación española. Para entender el por qué no se presenta esta posibilidad dentro del ordenamiento jurídico hispano debemos estudiar la relación

⁸¹ Ibid. Pág. 9.

integracionista entre el derecho internacional al derecho interno y la calificación jurídica que se le otorga al que está por nacer en dicho ordenamiento jurídico.

2.6.4. Regulación relativa a la adopción prenatal

El artículo 9, apartado N° 4 del Código Civil Español, realiza una expresa remisión al Convenio de la Haya de 1996 relativo a Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, en cuanto a determinar la filiación adoptiva al establecer que: “La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996(...)”, de igual forma lo hace en materia de adopción internacional al señalar en el apartado N°5: “La adopción internacional se regirá por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional. Igualmente, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción Internacional”, dando a entender una especie de *neomonismo* entre las normas de orden internacional y las de orden interno, ya que, “aun cuando el derecho internacional es un cuerpo articulado de normas que cuenta con sus propias estructuras y herramientas, para poder ser implementado se requiere del ordenamiento interno y sus mecanismos”.⁸²

Por otro lado, el artículo 29 del mismo cuerpo legal, título II “Del nacimiento y de la extinción de la persona”, afirma que: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”, premisa bastante diferente a la nuestra, ya que, en Chile se otorga una protección legal general al *nasciturus*.

Luego, en cuanto al proceso de adopción, en particular al procedimiento judicial para otorgar al niño o niña en adopción, el artículo 177 dispone que: “1. Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años. 2. Deberán asentir a la adopción: Los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación (...) El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto”. El término asentimiento para la doctrina española consiste en la “declaración de conformidad con la adopción que

⁸² ACOSTA ALVARADO, Paola. Sobre las relaciones entre derecho interno y derecho internacional. Estudios Constitucionales, Ed. 14, Santiago, Chile, 2016.

se está tramitando en el expediente judicial correspondiente”⁸³; comparándolo con nuestro ordenamiento jurídico equivaldría a la ratificación que deben realizar los solicitantes en el proceso judicial de susceptibilidad del niño que se contempla en el artículo 9 N°1 de la Ley N°19.620, no obstante en España este “Asentimiento” es considerado “una facultad de los padres biológicos que pueden o no prestarlo y que, por supuesto, no vincula al Juez”⁸⁴, por ende, en el caso que no se prestare el asentimiento, el juez considerando el principio del interés superior deberá determinar si otorgar dar en adopción igualmente o no al niño.

La regulación española no contempla la posibilidad de dar en adopción al niño antes del nacimiento, este supuesto fáctico está respaldado por lo que afirma la Audiencia Provincial de Barcelona, quién señaló lo siguiente a propósito de un recurso de apelación por el cual se negó la adopción de un niño: “En el mismo sentido se pronuncia el art. 177.2 del Código Civil, al que se refería el art. 37 de la LJV cuando requería el asentimiento de los progenitores, de tal manera que en ningún caso cabría validar un consentimiento "prenatal", renunciándose a la filiación del concepturus o del nasciturus si se hubiera producido ya la gestación”⁸⁵.

De esta forma, se consagra la negativa de regular la adopción prenatal en España, que, a diferencia de lo que sí sucede en Chile, nuestro país sí la contempla mediante el procedimiento previo de declaración de susceptibilidad del niño.

2.6.5. Doctrina

Por otra parte, para analizar qué ha mencionado la doctrina española respecto de la adopción prenatal dentro de su reglamentación, debemos apuntar primeramente a la dictación de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y las consecuencias que ha traído el método de preservación de embriones mediante su congelamiento, esto con motivo de poder vislumbrar cuáles han sido las problemáticas ante la legislación de la adopción prenatal de embrión crío-preservados. En palabras de la bioquímica Mónica López Barahona: “la ciencia no sabe con certeza el número de años que un embrión puede permanecer congelado con vida, lo que es un hecho es que a medida que el número de años que un embrión está congelado aumenta, disminuyen sus posibilidades de seguir vivo”.⁸⁶

⁸³ VELA SÁNCHEZ, Antonio. Anuario de Derecho Civil, Sevilla, España. Pág. 1223

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ España. Audiencia Provincial de Barcelona. Apelación. Sentencia N° Rol 391-2018, 16 de octubre de 2018.

⁸⁶ LÓPEZ BARAHONA, Mónica. Adopción Prenatal: una alternativa legítima para los embriones congelados. España 2004

El entendimiento acerca del período de tiempo que un embrión puede estar congelado es un hecho de vital importancia para resguardar la finalidad principal por la cual se introduce una Ley como tal.

El número de embriones congelados que existen en el país ibérico según el último informe emitido por la Sociedad Española de Fertilidad⁸⁷ debe superar los 700.000, entre los que se almacenan y los que se descongelan. Para ello la autora aludida afirma que: “Se propone a continuación la alternativa de favorecer la adopción prenatal para ellos. Alternativa que salvaguardaría el fin para el que se generaron y les daría una posibilidad de desarrollar su vida en el entorno que les es legítimo: el útero de una mujer.”⁸⁸

La adopción prenatal en este caso se enfocaría desde la óptica de la bioética respecto a una situación crítica que produce el descontrol de la cantidad de embriones crio-preservados mediante congelación que entran a las clínicas, sin embargo, para poder llegar a esta solución posible para la enorme masa de embriones que se encuentran en estos centros, antes se deben solucionar ciertas premisas que plantea la especialista en biología molecular:

“Número uno: eliminar la fuente del problema, la fuente del problema es la generación continua de embriones que se lleva a cabo en las clínicas de fecundación *in vitro*.

Numero dos: “el proceso de congelación y descongelación del embrión supone una agresión, una agresión al embrión, y una agresión que puede dañar seriamente su viabilidad y que puede eventualmente provocar la muerte del embrión.

Número tres: “el embrión *in vitro* en el laboratorio no puede mantenerse vivo más allá de las primeras fases del blastocisto, es decir más allá de 5 o 7 días después de haberse generado, después de haberse formado el cigoto. Transcurrido este tiempo el embrión necesariamente precisa transferirse al útero de una mujer para sobrevivir.”⁸⁹

Entendiendo las premisas anteriores planteadas se desprende que España actualmente presenta grandes problemas de saturación de los centros médicos que reciben embriones y un evidente desconocimiento de las cifras, cómo también de los resultados científicos de las TRA, es por ello que Mónica López presenta la Adopción Prenatal como posible solución a esta crisis, y bajo su postura determina que: “Deberían descongelarse cronológicamente con el consentimiento informado de los

⁸⁷ INFORME SEF. Informe estadístico de Técnicas de Reproducción asistida año 2017. [En línea] Disponible en: <https://cnrha.sanidad.gob.es/registros/pdf/Informe_estadisticoSEF_2017.pdf> [Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2020]

⁸⁸ Ídem.

⁸⁹ Ídem.

padres, con el fin primero de transferirlos al útero de las troncales adoptivas que deseen gestarlos, implementándose así un proceso de adopción prenatal que debe regularse del mismo modo que hoy se regula la adopción de los nacidos.”⁹⁰

Para llevar a cabo esta solución se necesitaría realizar bastantes reformas a nivel administrativo, médico y jurídico, véase Código Civil, Ley de TRHA, etc. Respecto a lo que ya conversamos anteriormente en lo relativo a la adopción prenatal de embriones.

La adopción prenatal de embriones crio preservados o embriones congelados se trató brevemente en el análisis comparativo con la legislación española, que presenta una grave sobrepoblación de embriones en sus centros médicos especializados en la práctica de reproducción asistida, puesto que no hubo un control del ingreso, hecho por el cual se desconocen al día de hoy la cantidad de ellos. Una de las soluciones que se plantearon fue la posibilidad de dar en adopción aquellos embriones, ya que cumpliría con el objetivo principal de su congelamiento: el dar vida, en el útero de una mujer.

De esta forma se afirma que la posibilidad de la adopción prenatal de embriones queda supeditada a la dictación de una Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En nuestro país se levantó la moción de regular las TRHA en el año 2018, con el propósito de dar respuesta al tráfico y mercado de los “vientres de alquiler”, esto en virtud del avance legislativo que ha tenido en los países europeos, cuestión que tarde o temprano nuestro país deberá discutir, contestar y promulgar.

Esta forma de adoptar prenatalmente varía en torno a lo que hemos analizado en el presente trabajo, ya que aquí hablamos de embriones, que, tomado del proyecto de Ley que busca regular las TRHA, lo definiremos como: “organismo humano, producto de la división del cigoto durante los primeros 56 días de su desarrollo u ocho semanas, después de la fertilización, excluyendo cualquier momento durante el cual su desarrollo haya sido suspendido” ; al proceso de crio preservación, se le denomina como aquella técnica a través de la cual se congelan los embriones -mediante vitrificación- para evitar la formación de cristales de agua dentro de las células- a una temperatura de menos 196 grados, en estadio de blastocisto (día 5 o 6 de desarrollo), lo que permite transferir un menor número de embriones al útero“ ; a la adopción prenatal de estos embriones entendida como: “la donación de los mismos para ser implantados, con el consentimiento de los padres biológicos, en una mujer distinta a la madre biológica” .

⁹⁰ Ídem.

2.6.6. Legislación argentina.

En el estudio de la legislación respecto de la adopción prenatal, se revisará previamente cómo esta nación ha ido regulando en su derecho interno el sistema de adopción, esto es, se hará una enunciación concisa de la evolución del estatuto adoptivo en sí. Luego se determinará si tiene cabida la adopción prenatal según el ordenamiento jurídico, haciendo revisión de lo que determina la Constitución y el Código Civil en lo relativo a la persona humana. Después se expondrá detalladamente un caso inédito en la región sudamericana respecto al consentimiento prenatal, para dar paso a la interpretación doctrinaria al respecto.

2.6.7. Marco jurídico histórico

En Argentina, instaurar un sistema de adopción tardó prácticamente lo mismo que en nuestro país, esto debido a que el creador del Código Civil Argentino, don Dalmacio Vélez Sarsfield, señaló en el libro primero del Proyecto del código que “no respondía a nuestras costumbres, ni lo exigía ningún bien social, y solo se la había practicado en situaciones muy excepcionales”⁹¹.

Luego, en el año 1948, con la Ley N°13.252 se vino a suplir el silencio de ley que existía en el país trasandino, estableciendo la denominada “adopción simple”, que generaba un vínculo familiar entre el adoptado y el adoptante, sin embargo, no se mantenían vínculos familiares con los parientes del adoptante, ni derechos sucesorios, así lo disponía el artículo 12. Por otro lado, esta primera legislación a diferencia con la chilena ya denominaba como “hijo legítimo” al adoptado, aunque los Derechos y Deberes permanecían con la familia de origen, salvo la patria potestad.

Con la Ley N°19.314 que entró en vigencia el año 1971, se reguló la denominada “adopción plena”, la cual contemplaba la extinción del vínculo familiar con la familia de origen o “de sangre”, agregando que el niño adoptado tendrá en la familia adoptante los mismos derechos que un hijo legítimo, pudiendo gozar de los derechos sucesorios.

Finalmente, en el año 1997, luego de varios proyectos de Ley que apuntaban a la regulación de la adopción en atención a los tratados internacionales que iba suscribiendo y ratificando Argentina, se dictó la Ley N°24.779, la que propugnaba los principios y derechos del niño, tales como “interés Superior del Niño, la prioridad de la familia biológica o subsidiaridad de la adopción; el reconocimiento y respeto

⁹¹ MURÚA, Maximiliano. “La adopción: antecedentes, evolución y desafíos”. Trabajo final de graduación para la carrera de abogacía, Córdoba, Argentina. P. 14.

a la propia Identidad del Niño; la Judicatura del procedimiento adoptivo, y la transparencia en la modificación de la filiación anterior de la persona adoptada.”⁹²

Es importante destacar que Argentina establece una calificación jurídica diversa a la que se tiene en Chile respecto del momento de la existencia legal de persona, el artículo 70 del Código Civil dispone que: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”. Se puede desprender que esta definición está tomada en consideración a lo establecido en los tratados internacionales que ha ratificado Argentina, en específico a la Convención Americana, la cual establece esta “fórmula” de calificación jurídica del *nasciturus*, la cual estudiamos con antelación, lo que implica que ciertos derechos del Niño son adquiridos por el que está por nacer.

En nuestro país, por el contrario, se estipula en el artículo 77 del código civil que: “Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe”. De allí se desprende que la calificación jurídica de niño, y todo lo que ello pudiese implicar, se obtenga desde que se separe completamente de la madre.

2.6.8. Regulación de la adopción prenatal

En cuanto a la adopción prenatal, el país vecino no la contempla dentro de su legislación, esto debido a que el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 607 estipula que: “La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si: b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento”⁹³.

En este sentido, Argentina presenta una forma de iniciar el procedimiento de adopción del niño/a o adolescente totalmente diferente a la nuestra, ya que en esta legislación no existe un proceso judicial previo al de adoptabilidad, así las cosas, el plazo fatal para que la manifestación de voluntad respecto de la entrega en adopción sea válida, es de al menos cuarenta y cinco días desde el nacimiento.

⁹² Ídem.

⁹³ Código Civil y Comercial de la Nación, Argentina. Ley 26.994, Artículo 607 código civil y comercial argentino. 1 de agosto de 2015.

Sin embargo, teniendo el país trasandino una legislación bastante restrictiva acerca de la institución de la adopción prenatal; en el año 2019 se dictó una sentencia en la Provincia de Corrientes que admitió la adopción prenatal del bebé que estaba esperando una adolescente. Dicho fallo será analizado ampliamente a continuación, debido al factor inédito que trae consigo un veredicto como tal.

2.6.9. Análisis Jurisprudencial del caso de Adopción Prenatal en Corrientes, Argentina⁹⁴

A continuación, se analizará de manera pormenorizada un caso muy famoso del año 2019 respecto a la determinación que tuvo la jueza del tribunal de Familia del Paso de Los Libres en Corrientes, Argentina, mediante el cual permitió la Adopción Prenatal de una menor de edad que había recibido violaciones reiteradas por su padrastro.

2.6.10. Cuestiones preliminares

La provincia de Corrientes, ubicada al norte de Argentina, es una de las ciudades con mayor tasa de embarazo adolescente: cada día nacen diez bebés de jóvenes entre 15 y 19 años de edad. Según el Plan Nacional de Disminución del Embarazo No Intencional en la Adolescencia (ENIA), las provincias del Nordeste Argentino son las de mayor cantidad de embarazos no deseados. En Corrientes llegan al 70%.

Para contextualizar, el fallo nos indica que es un caso que presenta una situación muy compleja, ya que, se trata de una joven que se encuentra en un evidente estado de vulnerabilidad, en conflicto con su maternidad no deseada, que exterioriza nada más ni nada menos, que la decisión de dar a un hijo en adopción, inmediatamente al nacimiento, hecho que requiere un tratamiento especial por parte de la judicatura, a modo de proceso judicial preliminar y urgente, que concilie el derecho de la joven madre con el de la persona por nacer, evitando todo tipo de riesgo, para dar una respuesta de fondo y humanista ante el excepcional caso que se presenta.

La jueza, doña María Rut Legarreta, postula que si bien se requiere para la situación de adoptabilidad la decisión libre e informada para que el niño/a sea adoptado/a una vez transcurrido los 45

⁹⁴ Argentina. Juzgado de Familia de Paso de los Libres, Corrientes. Sentencia N° Rol LXP 19676/19, 12 de julio de 2019 [en línea] Disponible en: <<http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2019/08/Fallos4290.pdf> --> [consulta: 15 de agosto de 2019].

días posteriores al parto que estipula el artículo 607 del código civil argentino, nada impide que durante el proceso de gestación del niño por nacer, se permita otorgar como medida de urgencia el ahijamiento provisorio del niño/a que nazca, con especial consideración que el embarazo se concreta producto de un abuso intrafamiliar reiterado por más de 7 años por su padrastro.

De esta manera, la magistrada logra determinar que este requisito de aquiescencia no es excluyente para dar en adopción provisoriamente al niño por pretensos adoptantes, puesto que la voluntad de la joven es no tener a su hijo/a entre sus brazos desde el primer momento, debiendo de igual forma ratificar esta decisión a los 45 días siguientes al parto, quedando aún a su libre albedrío si confirma o no su voluntad.

Del mismo modo afirma que, en concordancia y respetando el principio de interés superior del niño, integrando a ese concepto “al que está por nacer”, se deberá actuar en favor de su resguardo, procediendo a decretar como medida urgente la adopción provisorio del niño por una familia del registro provincial, tendiente a evitar los riesgos que acarrearía que el hijo continuase con su madre biológica.

2.6.11. Identificación de la causa

Se inicia la causa por el requerimiento de una joven, junto a su tía materna (como acompañante), con el propósito de interrumpir su embarazo producto de violación propinada por su padrastro.

La causa se lleva ante el Juzgado de Familia del Paso de los Libres, Corrientes, Argentina.

2.6.12. Los Hechos

La joven se dirigió acompañada de su tía al Juzgado de Familia de la provincia para solicitar la interrupción del embarazo, ya que, la gestación de este niño/a es producto de las reiteradas violaciones a las que desde temprana edad -13 años- le somete su padrastro, de quien ya tiene una hija que a la fecha cuenta con dos años de edad. Ante el calvario que padeció desde pequeña, decidió escapar del hogar familiar en la localidad de Alvear hacia la casa de su tía en la localidad de Corrientes, quien la contiene y acompaña a poner en conocimiento la situación que atravesaba. En audiencia expresa “no quiero tener de nuevo otro bebe a la fuerza, producto de una violación...”⁹⁵

⁹⁵ Argentina. Juzgado de Familia de Paso de los Libres, Corrientes. Sentencia N° Rol LXP 19676/19, 12 de julio de 2019

Siendo atendida por el psicólogo forense (fs. 8) y por los profesionales médicos del nosocomio local (fs. 10) se resuelve a fs. 14/19 que lo peticionado por la joven enmarca en el supuesto de aborto no punible, requiriendo al hospital local cumplimentar la atención integral, con derecho a la interrupción de su embarazo, informando a la joven que goza de plena libertad para cambiar su decisión hasta el momento mismo en que se le concrete las prácticas.

Como medida protectoria se otorgó el cuidado personal a favor de su tía y se ordenó la prohibición de acceso y acercamiento de su padrastro hacia su persona, remitiéndose las actuaciones a la Fiscalía en turno, para que intervenga en el ámbito de su competencia.

La joven se presentó nuevamente para comunicar que fue dada de alta, luego de realizarse todos los estudios de rigor y que decidió continuar con su embarazo y dar al bebé una vez que nazca en adopción.

Se llevó a cabo nueva audiencia con la Sra. asesora de menores y la magistrada, en la cual manifestó que quiere dar en adopción al bebé apenas nazca a la familia que se hará cargo de él. Ella señaló que es una decisión tomada y que no quiere ver a su hijo/a al momento de su nacimiento, que se quede de inmediato con la familia adoptante, y así evitar que quede en brazos de ella.

2.6.13. El Derecho del caso en análisis

- Artículo 607, inciso “b” del Código Civil y Comercial de la República de Argentina: “los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento”.
- Artículo 3º Convención de los Derechos del Niño: “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 condición primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

Podemos observar que el conflicto normativo estriba básicamente en determinar si durante el proceso de gestación de la joven se puede tomar como válida la decisión de no ver siquiera al momento del parto a su hijo y darlo en “adopción” o “ahijamiento provisorio” y luego ratificar esta voluntad en los 45 días siguientes, dicha decisión teniendo los elementos propios de una decisión libre e informada, esto es, **información, capacidad-comprensión y voluntariedad**.

Lo que se puede extraer de los considerandos de la sentencia en estudio respecto a la decisión de la jueza Marta Legarreta, luego de comprender el conflicto normativo que existe en el ordenamiento jurídico es lo siguiente:

Comparte el requisito en cuanto exista una ratificación de dicha voluntad a los 45 días siguientes al parto, pero no que sea excluyente esta manifestación al momento del parto o previo a este, y que pueda ser ahijado provisoriamente por pretensos adoptantes elegidos conforme el proceso de selección previsto por la legislación. Esto en virtud de que la joven muestra su intención de dar en adopción a su hijo que está gestando producto de una violación, sostenidamente y con convicción, hecho que en añadidura provoca en ella un malestar psicológico constante, teniendo en cuenta que ya es madre de un hijo del mismo abusador sexual. Asimismo, la jueza comparte la idea de la Dra. Aida Kemelmajer, quien señala que: “en cuanto a que las causas fuentes de situaciones para el dictado de la declaración de adoptabilidad, no son excluyentes, pueden presentarse tanto de manera concatenada como no”⁹⁶

“Deben profundizarse las intervenciones mediante diagnóstico y seguimiento de la mujer en conflicto con su maternidad, centrado en la manifestación de voluntad libre, seria, esclarecida, tratando de ahondar en sus motivaciones sin una postura condenatoria, disminuyendo las posibilidades de una desvinculación biológica innecesaria”⁹⁷.

El juez debe valorar todos los elementos del caso particular, ponderando siempre el interés superior del niño por nacer que atiende a su reconocimiento como persona, defendiendo los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo, y en ese recorrido, corresponde decidir, como medida cautelar que asegure el superior interés del niño por nacer, la guarda y/o acogimiento inmediato al nacimiento por una familia seleccionada de la lista de aspirantes a guarda con fines adoptivos, sin perjuicio de aquello que en definitiva corresponda decidir sobre la voluntad expresada por la progenitora luego del plazo legal previsto y las resoluciones necesarias para encaminar el proceso adoptivo.

Se trata de una medida urgente tendiente a evitar los riesgos que acarrearía la permanencia del niño junto a su madre por el plazo que estipula la legislación, en contra de su voluntad, sumido al peligro de un posible abandono o entrega ilícita en guarda de hecho a terceros, acogiendo al niño una familia inscripta en el registro provincial y debidamente informada de todas las circunstancias particulares, bajo la condición de que luego del nacimiento, la progenitora deberá ratificar su decisión en tiempo oportuno, y de mantenerse, continuar con el procedimiento especial de declaración de adoptabilidad y formal entrega en guarda pre adoptiva del niño a los electos.

Por lo que se puede apreciar, es un caso difícil de resolver, puesto que la Doctora Legarreta tiene la legislación en contra, al igual que la jurisprudencia, ya que simplemente no existe un fallo similar al que le tocó dirimir.

⁹⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “Tratado de Derecho de Familia”, Tomo III, Pág. 249 y ss.

⁹⁷ FONTEMACHI, María A., La práctica en adopción, aspectos interdisciplinarios, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2000, pág. 33/34, con prólogo de Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI).

En cuanto a los hechos, es un caso representativo de lo que es el abuso sexual dentro de la “familia”, una joven, la cual fue acosada sexualmente desde los 13 años de edad por su padrastro. Producto de esta gravísima trasgresión de los derechos quedó embarazada a los 17 años por primera vez y luego a los 19.

El hecho de estar embarazada por segunda vez, y que sea producto de un abuso sexual propinado por su padrastro, degenera lógicamente en un estado anímico deplorable, de ahí que su decisión inicial de entregar ese niño/a en adopción desde que concurrió al tribunal no haya cambiado en lo absoluto.

Ahora, en cuanto al ámbito jurídico lo que proyecta la decisión del tribunal es una problemática de ponderación de derechos, entre los derechos del niño (incluyendo bajo el razonamiento de la jueza a “el que está por nacer”) y los de la mujer.

Este conflicto necesitaba una respuesta rápida y efectiva, y a mi parecer, la magistrada planteó su decisión basándose en el principio de Interés superior del Niño, incluyendo al no nato, para darle una respuesta satisfactoria a la pretensión de la joven que ha sido abusada sexualmente de manera sistemática y reiterada, junto a esto sumarle que la Provincia de Corrientes no cuenta con Protocolo de Interrupción Legal de Embarazo (ILE), por lo que el razonamiento de la jueza a la luz de los antecedentes fue lo más humanitaria y comprensiva ante la situación compleja que vivía la adolescente. Aunque si bien contraviene la ley argentina al aceptar a este niño que estaba en el vientre de ella como susceptible de adopción y darle equivalencia de nacido, me parece que en virtud de las circunstancias fue la decisión correcta, de lo contrario se estaría decidiendo en contra de la voluntad de la madre y obligándola a tener un contacto con el hijo, el cual no desea.

Tomando en consideración los derechos reproductivos de la mujer y bajo la óptica de una perspectiva de género, la mujer a lo largo de la historia ha sufrido de innumerables discriminaciones, entre las más horrorosas se encuentran las violaciones: una total trasgresión a los derechos humanos, ya que, no tan sólo se infringe la ley penal, sino que la mujer tiene que cargar el peso psicológico de estar embarazada tras un acto inhumano y degradante de la dignidad propiamente tal. Este caso es el reflejo de como las legislaciones no responden ante las obligaciones internacionales que surgen por medio de los tratados que van ratificando. La adopción prenatal se aplica a este caso de modo excepcionalísimo, para dar solución a una situación de vulnerabilidad de la mujer, sin tomar en consideración que el daño psicológico a la adolescente es irreparable. Es por esto, que la idea de regular la adopción prenatal no se tan sólo como un derecho reproductivo de la mujer, sino que viene a cumplir obligaciones internacionales respecto de derechos humanos, cómo es la dignidad humana.

2.6.14. Opiniones del caso

A partir del caso anterior, surge la siguiente interrogante: ¿Debería la joven mantener bajo su cuidado al niño/niña los 45 días posteriores al nacimiento, y cumplir así el plazo exigido para ratificar su decisión de dar en adopción al niño/niña?, para la jueza: “en cuanto al plazo, debería ser ratificado pero no excluyente, posibilitando que al momento del nacimiento del niño, éste pueda ser ahijado provisoriamente por pretensos adoptantes elegidos conforme el proceso de selección previsto por la legislación, condicionado por supuesto al nacimiento con vida del niño y a la ratificación de la decisión materna luego de los 45 días del alumbramiento”⁹⁸, Así, se presenta por la magistrado una visión tendiente a aceptar el ahijamiento provisorio por los padres adoptivos del niño o niña en este período en que la madre debe ratificar su decisión de entregar o no al niño en adopción.

Ahora bien, otra parte de la doctrina apunta más bien al hecho del consentimiento libre e informado que debe tener la progenitora que otorgaría a este niño que está por nacer en adopción, entendiendo que el conflicto radica principalmente: “en el resguardo de la libertad, discernimiento e intención de la madre. Esa libertad no se resguarda exclusivamente con plazos de espera, sino con una pluralidad de mecanismos que buscan asegurarla: los plazos de retractación, la solemnidad exigida para la manifestación (...)”⁹⁹.

Del mismo modo, la autora Marisa Herrera hace alusión a que el conjunto de intereses conculcados dentro de lo que podría ser la legislación de la adopción prenatal deben estar resguardados, esto es:

“salvaguardar prioritariamente el principio de subsidiariedad o excepcionalidad de la adopción; de otra parte, la ansiedad de la madre en un embarazo en conflicto o no deseado; y, en tercer lugar, pero ciertamente no en el último, el interés del niño en satisfacer su derecho a la vida familiar lo antes que sea posible.”¹⁰⁰

Ciertamente, Úrsula Basset identifica correctamente cuáles son las problemáticas de legislar la adopción prenatal, en primer lugar, el consentimiento informado y libre que deben otorgar los padres del que está por nacer, y como debiesen garantizarse los tres intereses para su posterior reglamentación, esto es “principio de subsidiariedad de la adopción”, “programa de acompañamiento psicológico especial para la madre que quisiera entregar su hijo en adopción” y asimismo, resguardar el interés superior del niño para satisfacer su derecho a la vida familiar.

⁹⁸ ¿Un fallo “revolucionario” o una contraofensiva frente a la consolidación de los derechos humanos en clave de género? La LEY, Buenos Aires, Argentina. Página 5.

⁹⁹ Declaración Prenatal de la intención de dar en Adopción al hijo. Examen de viabilidad y estudio de impacto en el derecho argentino. La LEY, Buenos Aires, Argentina. 9 de septiembre de 2019. Página 11.

¹⁰⁰ ídem.

CAPÍTULO III: ¿RESPONDE CHILE AL CUMPLIMIENTO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES PARA INSTAURAR LA ADOPCIÓN PRENATAL?

El título de este capítulo plantea la interrogante base del porqué se redacta esta memoria; y para poder responderla, en primer lugar, debemos comprender el análisis expuesto en los primeros párrafos del capítulo anterior, por lo que, es del todo dable preguntarse lo siguiente: “¿cuál es la fuerza normativa que tienen los tratados internacionales en el derecho interno?”; y “¿cuál es la función normativa que poseen los tratados internacionales ratificados?”. Además, se exhibirá a continuación como los tratados suscritos y ratificados permiten sostener la regulación de la institución de la adopción prenatal, y cómo nuestro país responde ante ello en lo tocante al resguardo y protección de los derechos del niño y de la mujer. Estas conclusiones a las que se llegan, están sostenidas en rigor a lo estipulado en el segundo capítulo, no obstante, aquello, ahora se analizará de manera más precisa y con un enfoque más exhaustivo.

3.1. ¿CUÁL ES LA CALIFICACIÓN NORMATIVA QUE CHILE LE OTORGA A LOS TRATADOS?

Es imprescindible realizar un análisis acerca de cuál es la calificación normativa que poseen en el ordenamiento jurídico interno de nuestro país los tratados internacionales ratificados, ya que, a raíz de aquello, es que podemos esclarecer si debiese hacerse una modificación o derogación a la Ley actual que rige a la institución de la Adopción Prenatal.

Nuestra actual Constitución con todas sus modificaciones y reformas no contempla artículo alguno que prescriba o mencione cuál será la ubicación normativa como “fuente de derecho” que tendrán las convenciones internacionales, como si lo hacen los países hispanohablantes que fueron comparados, España por ejemplo, en el artículo 96.1 de la Carta Fundamental, señalando que “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte del ordenamiento jurídico interno”, por su lado, Argentina en la Carta Magna establece específicamente en el artículo 75, numeral 22: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.”

Por contrapartida, en nuestro país no se menciona en ningún artículo cuál será la calificación normativa de la convención internacional, es decir, si poseerá jerarquía constitucional, supraconstitucional o legal. No obstante, al indagar con el objetivo de saber qué carácter le entrega nuestro ordenamiento jurídico, se puede señalar desde una interpretación teleológica de la constitución que, en consideración al 5º inciso segundo; el art. 32 numeral 15, el art. 54 número 1, el art. 93 Número

1, 3, 6, 7, 12, 13, artículo 94 inciso segundo. “De la lectura de estas disposiciones se puede afirmar, preliminarmente, que: a) Nuestra Constitución asimila el objeto de un tratado a las materias propias de ley”.¹⁰¹ .

El artículo 93 inciso 1° de nuestra Constitución establece que: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 1) Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación”. Es decir, hay normas contenidas en los tratados que pasarán a control de Constitucionalidad antes de que el presidente ejerza su potestad reglamentaria de promulgación, pero surge la pregunta acerca de qué norma de la convención internacional se aplica sin este control preventivo obligatorio.

El TC se ha pronunciado al respecto y ha dicho lo siguiente: “Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina *self executing* y *non self executing*. Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno”¹⁰². Dicho de otro modo, las normas *self executing* se sustentan a sí mismas y tienen la validez necesaria para ingresar al orden jurídico interno, cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.

Luego, respecto a las normas *non self executing*, el TC señaló: “son aquéllas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno”¹⁰³.

El Dr. Manuel Núñez ayuda a esclarecer lo antedicho por el TC, afirmando que “para discernir la aplicabilidad inmediata de las normas internacionales son el contenido y la precisión de las normas. Sin el ánimo de generalizar, puede decirse la estructura de contenidos más apta para afirmar la autosuficiencia de un instrumento internacional es la prohibición o el mandato negativo. Los mandatos positivos, que fijan obligaciones de hacer, como sucede con buena parte de los llamados derechos sociales y culturales, suelen exigir la intervención de las autoridades nacionales”¹⁰⁴.

En este caso hablamos de aquella normativa que contiene “materia de ley”, así lo señala el artículo 54 N°1 inciso cuarto de la CPR: “Las medidas que el presidente de la República adopte o los

¹⁰¹ ALDUNATE, Eduardo. La Posición de los Tratados Internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo. *Ius et Praxis*, versión 16 N°2. Pp. 185-210, año 2010.

¹⁰² T. Constitucional, 4 agosto 2000, Rol N° 309. R.D.J., t. 97, se. 6°, p. 99

¹⁰³ Ídem.

¹⁰⁴ YÁÑEZ, Manuel. Tratados Internacionales sobre integración y Derechos Humanos frente al ordenamiento jurídico chileno. Estudio sobre su aplicación y principios metodológicos de evaluación, ejecución y seguimiento. Antofagasta, Chile. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Pág. 62.

acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria”. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que, en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva.

Otro argumento para considerar que los tratados internacionales poseen rango legal en nuestro ordenamiento jurídico lo encontramos en el artículo 94, inciso segundo de la Constitución, el cual prescribe: “Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate”, es decir que, en el caso que el TC encuentre normas en los tratados que sean inconstitucionales no se podrán aplicar y se deberá hacer reservas de aquellas por el senado, tal cual lo dispone el artículo 54, N°1 incisos 2 y 3.

Según lo planteado, existen normas constitucionales o de derechos esenciales que ingresan al sistema jurídico de manera automática tras su ratificación y, por otra parte, normas legales que para su entrada en vigencia se requiere un control constitucional y, tras esto, dictación de una ley o de varias de ellas.

Ahora bien, centrándonos particularmente en aquellas que son constitucionales y que se incorporan a nuestro derecho, podemos decir que tienen rango legal, pero éstas mismas podrían tener un rango constitucional si se tratase de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que son el límite a la soberanía de nuestra nación según lo dispuesto en el artículo 5° inciso segundo.

El profesor Troncoso afirma que: “De esta forma son los derechos esenciales que se encuentren garantizados en un tratado los que podrían tener rango constitucional y no el tratado internacional, que tendrá dentro de la jerarquía interna el *status* que le corresponda según el modelo de incorporación del derecho internacional que se escoja”¹⁰⁵. Por ende, no es que el tratado tenga carácter constitucional, sino que ciertas normas lo tendrán si se consideran “derechos esenciales” o lo que en otras palabras denominamos “derechos humanos”.

En los tratados internacionales habría normas con diferentes categorías normativas. Unas, con un rango que podríamos llamar común, que sería el rango del tratado, y otras, que tendrían rango constitucional.

¹⁰⁵ TRONCOSO, Claudio y VIAL Tomás. Sobre los Derechos humanos reconocidos en Tratados Internacionales y en la Constitución. *Revista chilena de Derecho*. Volumen N° 20: pp. 695-696. 01 de enero de 1993.

“Las normas de derechos humanos son por su propia esencia generales, ya que reconocen derechos que pertenecen a todos los seres humanos o, a lo menos, cuando son más específicas, a grandes categorías de aquéllos, como en el caso de las mujeres, los niños, o las minorías étnicas. Por otra parte, son sin duda de carácter obligatorio, a lo menos en todo Estado democrático de derecho”¹⁰⁶. Es aquí donde recae la referencia en lo relativo al tema objeto de esta presentación, la norma que establece el plazo para ratificar la adopción luego del nacimiento del niño en el Convenio de La Haya, ¿es de rango constitucional o legal?

Según la perspectiva del Profesor Lautaro Ríos: “La desmesurada pretensión de identificar el rango de los tratados internacionales sobre DD. HH. con la suprema jerarquía normativa de la Constitución, choca abruptamente con el sistema mixto de control de la constitucionalidad de la ley, tanto preventivo como represivo, entregados al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema, según el caso, los que no serían operables si los Tratados sobre DD. HH. tuvieran rango constitucional per sé”¹⁰⁷, el autor plantea la negación completa a que ciertas normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos contenidas en estas convenciones posean el carácter constitucional debido a los controles como tales que operan en nuestro país para su integración dentro del ordenamiento jurídico.

A mí parecer, este argumento es impreciso, ya que, los Derechos Humanos son Derechos inalienables para todas las personas, no es necesario que exista un control preventivo para entenderlos incorporados al derecho interno, además que su violación implica una trasgresión al límite de la soberanía, hecho por el cual el Estado debe responder con todo el rigor del mandato internacional en caso de verificarse dicha infracción.

De este modo, el rango jurídico que se le otorga a los tratados en general será el “legal” y excepcionalmente aquellos tratados que contengan derechos esenciales de las personas deberán ser considerados de rango constitucional. A propósito de este tema también es importante considerar el control de convencionalidad. La visión a la cual adhiero personalmente es la que se ha señalado por el profesor Troncoso.

¹⁰⁶ Ibid. P.702.

¹⁰⁷ RÍOS, Lautaro. Jerarquía normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. *Ius et Praxis*. Volumen 2, N°2: p. 110. Año 1997.

3.2. ¿Cuál es el rango que posee el artículo 4° letra C) del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional?

Es de suma importancia determinar cuál es el carácter jurídico que tiene este artículo, debido a que de esta manera se podrá concluir si la actual legislación que regula la adopción prenatal está correctamente aplicada, se debe modificar o derogar.

Cabe recordar que el actual proyecto de Ley que viene a modificar el sistema de adopción no contempla norma que proscriba la adopción prenatal, situación que es respaldada por la profesora Gómez de la Torre, quien señala que: “La incorporación de la adopción prenatal en la ley fue justificada como una forma de evitar el aborto y el abandono de niños y niñas. Sin embargo, por las cifras actuales de aborto, en Chile pareciera que no ha cumplido su objetivo. En una futura reforma a la ley debería eliminarse esta posibilidad de entregar al hijo en adopción antes del nacimiento”¹⁰⁸.

Sin embargo, la profesora es imprecisa al realizar tal afirmación, puesto que, se puede entregar al hijo en adopción antes del nacimiento; el niño solo se puede entregar a sus padres adoptivos una vez ratificada su decisión dentro del plazo fatal de 30 días; otro punto importante a destacar es que la ley N°19.620 establece la adopción prenatal dentro de la posibilidad de iniciar el proceso de susceptibilidad de adopción, no como entrega propiamente tal del NNA mediante el proceso de adoptabilidad, hecho que sí podría ocurrir en el caso de la adopción prenatal de embriones crío-preservados.

Luego de aclarar este punto, debemos volver a la pregunta del título, la cual se irá analizando numeral por numeral para determinar si el artículo posee rango legal o constitucional basándonos en lo dicho por el TC y la doctrina estudiada.

El primer numeral del artículo en mención establece “Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen: c) se han asegurado que: 1) las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen”.

Utilizando la interpretación literal de los tratados, podemos notar que el Convenio al establecer que “Solo podrán tener lugar las adopciones cuando las autoridades del Estado de origen hayan asegurado” está imponiendo una obligación infranqueable para aquellos casos en que no se cumplan los requisitos que más adelante expone, por tanto, no cabe duda que estamos en presencia de una norma de

¹⁰⁸ Loc. Cit. GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. El Sistema Filiativo chileno. Pág.246

rango legal y *non self executing*, ya que, para ingresar al orden jurídico interno requerirá de la dictación de leyes.

A modo de ejemplificación, tenemos que, del numeral primero del artículo en análisis, se establece que: “Solo procederá la Adopción cuando el Estado haya asegurado que se haya entregado consentimiento con un adecuado asesoramiento y debida información”. Nuestro país respondió a aquello mediante el Reglamento aprobado de la Ley de Adopción en su Título III respecto a “Los programas de Adopción” en su artículo 8° se remite con particularidad a este respecto citando al artículo 21 letra a) de la CDN el cual constata de igual manera lo que dispone el Convenio de La Haya.

Asimismo, sucede con el numeral cuarto, el cual dispone que “el consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño”. El artículo 10 de la Ley N°19.620, permite que se pueda iniciar el procedimiento de susceptibilidad de manera anticipada al nacimiento del niño, quedando pendiente la ratificación de la entrega del niño en adopción, mas no se pide el consentimiento exigido de manera previa, sino que este consentimiento será “exigido” dentro del plazo de 30 días desde el parto, del mismo modo se puede argumentar que es este el momento de solicitar su consentimiento, puesto que de lo contrario se entenderá desistida su pretensión, tal como lo señala el inciso 2° del artículo en comento.

Tal como se señaló al inicio de la memoria, el interés superior del niño es el *leitmotiv* en cuanto al Derecho de Familias respecta, precisamente por el carácter consuetudinario que ha tenido, el cual se puede extraer desde la Declaración Universal de Derechos Humanos hasta su pronunciación en la Convención de Derechos del Niño, no obstante, “ha existido desde siempre, lo cual justifica su carácter de norma consuetudinaria, puesto que es connatural a la esencia de la naturaleza humana”¹⁰⁹, por ende, se debe calificar dentro de la categoría del artículo 5 inciso 2° de la constitución, es decir como derecho esencial de la persona.

109 BAEZA, Gloria. El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. *Revista chilena de Derecho*. Volumen 28 N°2: p. 359. Año 2001.

3.3. La Adopción Prenatal en el boletín 9119-18 o también denominado “Reforma Integral al Sistema de Adopción Chileno”

En este apartado se describirá a grandes luces la tramitación del proyecto de ley de Reforma Integral al Sistema de Adopción en Chile, por medio del boletín N°9119-18, junto a ello se mencionará cuál ha sido la discusión respecto a la adopción prenatal y los nuevos principios que se añadirán a la legislación en materia de Familia.

3.3.1. Proyecto de Ley

La iniciativa legislativa o idea matriz de este proyecto de Reforma integral al sistema de adopción se inició mediante Mensaje del Ejecutivo¹¹⁰. El presidente Sebastián Piñera Echeñique, el año 2013, pretende mejorar la subsidiariedad propia de la institución de la Adopción, centrando los esfuerzos en restablecer rauda y eficazmente uno de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, esto es el derecho de vivir en familia. Asimismo, se busca subsanar deficiencias y vacíos legales que posee la actual Ley N.º19.620, como también establecer plazos más acotados que resguarden, fomenten y favorezcan tanto el respeto del interés superior del niño como los derechos de las personas que quieran convertirse, por esta vía, en padres y madres.

Dentro de las materias que son objeto de reforma por el proyecto, encontramos lo siguiente:

- Incorporación de principios que informan los procedimientos administrativos y judiciales, tales como:

a) Interés Superior del Niño: el principio del interés superior del niño es: “la satisfacción integral y simultánea de los derechos de las niñas, niños y adolescentes consagrados en la Constitución Política de la República y las leyes, el Convenio, la Convención de los Derechos del Niño, y los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. El cual presenta una definición, hecho bastante novedoso y esclarecedor tanto en nuestra legislación como en la comparada. De igual manera como se ha venido regulando al respecto en nuestro ordenamiento jurídico se contempla esta faz interpretativa obligatoria que deben adoptar los jueces, aludiendo que: “debe considerarse en la resolución de conflictos de

¹¹⁰ Mensaje del Ejecutivo. Boletín 9119-18. Mensaje N° 206, Magistratura N° 361. Cámara de Diputados.

derechos, en la determinación de las políticas públicas en la materia y en toda resolución judicial y administrativa concerniente a la adopción de las niñas, niños y adolescentes”¹¹¹.

b) Derecho del Niño, Niña y Adolescentes a vivir en familia: este principio es el fiel reflejo de uno de los ejes esenciales por los cuales se suscribió y ratificó El Convenio de La Haya, el cual indica: “para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión”¹¹².

c) Subsidiariedad de la Adopción: Es labor imprescindible del Estado adoptar las medidas legales, administrativas y judiciales que permitan al niño, niña y adolescente permanecer con su familia de origen. He aquí uno de los principios más relevantes de la materia analizada en esta memoria, debido a que su carácter de *leitmotiv* lo vuelve totalmente contrario a lo que persigue la Adopción Prenatal, puesto que esta última lo que pretende es que el niño o niña que está por nacer, pueda ser susceptible de adopción.

Del mismo modo, también diverge con lo establecido en la base del Convenio de la Haya, instaurando que: “cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen”. Junto a ello, cabe agregar que la institución de la Adopción desde su origen, como hemos venido sosteniendo, tiene una labor subsidiaria y no principal, como se ha establecido por nuestro país en el artículo 10 de la Ley N°19.620.

d) Derecho a ser Oído: Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los asuntos que les afecten, debiendo considerar sus opiniones atendiendo a su edad y al grado de madurez que manifiesten. Principio que no reviste mayor profundidad de la que ya se ha expuesto con antelación.

e) Derecho a conocer los Orígenes: Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a conocer sus orígenes con el debido asesoramiento (...) el Registro Civil garantizará la conservación de la información relativa a la identidad de la familia de origen y demás antecedentes vinculados a la adopción”. Actualmente, nuestra Ley de Adopción, de forma timorata y débil regula este precepto, *verbi gratia* la susceptibilidad de adopción del que está por nacer no contempla una alusión a la posibilidad de este niño o niña a conocer su origen, hecho

¹¹¹ Eduardo Aldunate Lizana, Derechos Fundamentales, Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 83.

¹¹² Primer párrafo del Preámbulo del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional

que, en virtud de los diversos tratados internacionales ratificados, se prescribe como obligación primordial.

f) Reserva: Todas las tramitaciones, tanto judiciales como administrativas, y la custodia de documentos a que den lugar los procesos de adoptabilidad y adopción serán reservadas.

- Modificación de las causales de susceptibilidad de adopción: En este sentido, el proyecto de Ley que derogaría la actual Ley de Adopción cambia el concepto de susceptibilidad por adoptabilidad con el objetivo de agilizar los procedimientos se proponen muchas más causales, entre ellas: i) aquel niño haya estado internado en una institución por un período superior de seis meses, sin causa justificada, ii) consumo problemático de drogas, por parte del padre o madre, iii) comportamiento negligente del padre, madre o de quienes ejerzan su cuidado, exponiendo su vida en riesgo.

Otro punto bastante importante es el relativo a la situación económica de los padres del niño; en la actual Ley se contempla en la letra a) del artículo 9 que los padres que no se encuentren capacitados o en condiciones de hacerse cargo del niño, justificándose por este medio la situación económica para disponer de la adopción del niño; en cambio, en el proyecto de Ley se prescribe particularmente que: “No constituirá causal suficiente para la declaración judicial de adoptabilidad la falta de recursos económicos para atender a la niña, niño o adolescente”.

En cuanto a la adopción prenatal, o como se hace llamar en este nuevo proyecto, la “cesión voluntaria antes del nacimiento”, se enuncia que se validará positivamente la voluntad de los progenitores de dar en adopción al niño, niña o adolescente, sin embargo, se impedirá que el procedimiento de declaración de adoptabilidad se inicie antes del nacimiento del hijo, inclusive, el artículo 66 de esta propuesta legal le añade una sanción penal a aquellos que cambiaran la filiación del que está por nacer, estipulando que: “Artículo 66.- Pago o contraprestación. El que solicitare o aceptare cualquier clase de pago o contraprestación, por facilitar la entrega de una niña, niño o adolescente, a efectos de alterar la filiación que le corresponde aún antes de su nacimiento, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de diez a quince unidades tributarias mensuales. En la misma pena incurrirá quien realice la oferta”.

En resumen, la adopción prenatal en el proyecto de Ley no solo no tiene cabida, sino que además constituye un actuación típica, antijurídica y culpable, mereciendo a aquel o aquellos que la realizan una pena máxima de 3 años de presidio efectivo, tanto como para el que realiza la oferta, como para quienes la practican.

3.4. LA APLICACIÓN DE LA ADOPCIÓN PRENATAL EN CHILE, ¿ENCUENTRA SUSTENTO A LA LUZ DE LOS TRATADOS RATIFICADOS?

En lo relativo a la posibilidad de iniciar el procedimiento de susceptibilidad de adopción del niño/a antes de que nazca mediante la voluntad manifestada al tribunal competente, ya sea por ambos o uno de los padres, producto de su incapacidad o por no encontrarse en las condiciones de hacerse cargo del NNA, denominada “adopción prenatal”, encontramos el fundamento de su aplicación en nuestro país según lo prescrito por nuestra Constitución Política en las siguientes disposiciones:

- Artículo 1 inciso 4°: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”
- Basándonos en el análisis de la protección legal de la vida del nasciturus, Artículo 19 N°1 inciso 2°: “La ley protege la vida del que está por nacer”.

Desde una mirada internacional por los siguientes artículos de la CDN:

- Artículo 3.2: “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”.
- Artículo 6.2: “Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”
- Artículo 9.1: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (...)”

- Artículo 19.1: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente”, esta norma es la piedra angular de la creación de la adopción prenatal en Chile como aquella medida legislativa apropiada para proteger al nasciturus de toda forma de perjuicio.
- Artículo 19.2: “Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención (...)”, pese a que el primer apartado es de vital importancia para el sustento de la adopción prenatal; el segundo apartado marca una de las falencias que presenta nuestro modelo pionero, ya que, en el Reglamento de la Ley de Adopción, no se establece un programa social con el objeto de brindar ayuda y acompañamiento psicológico a la madre que presenta su voluntad de entregar su hijo en adopción. Actualmente existe una pretensión de modificación a la Ley N.º19.620 para eliminar esta falencia en el boletín N°12202-34 de octubre de 2018 el cual se encuentra en espera de avance desde noviembre del mismo año, el cual agrega un inciso al artículo 10, el que estipula: “En el caso indicado en este artículo se consagra el principio de acompañamiento psicológico permanente de la madre en todas las etapas del procedimiento”¹¹³.

Otro de los fundamentos se obtiene del Convenio de La Haya sobre cooperación en materia de Adopción Internacional:

- Artículo 4 letra c) número 1: “Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen: C) se han asegurado que: 1) las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen”, pese a lo estipulado en el artículo 6° del Reglamento de la Ley N°19.620, en este caso se cumple parcialmente con el asesoramiento e información, producto de que falta un programa psicológico de acompañamiento a la madre bien desarrollado y planificado aun cuando mantenga dudas de su decisión.
- Artículo 4 letra c) número 4: “el consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño”, precisamente como se señaló en el subtítulo

¹¹³ Proyecto de ley iniciado por Moción, Mensaje. Boletín 12202-34. Cámara de Diputados, legislatura 366ª, 23 de octubre de 2018. P.4. Disponible en: < https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12202-34 > [Fecha de consulta: 29 agosto de 2022]

anterior, el consentimiento exigido en nuestro país se produce con la ratificación que debe realizar la madre dentro del plazo de 30 días fatales para confirmar la intención de entregar al niño/a en adopción.

Según lo establecido por la CEDAW:

- Artículo 12.1: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”. Es importante considerar este último punto de la planificación de la familia como elemento subyacente de la adopción prenatal, el cual se conjuga con el inciso segundo, el cual estipula: “Los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario”. De *lege ferenda* servirá para mejorar la institución de la adopción prenatal.
- Artículo 16.1, letra e): “Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Este es otro de los elementos subyacentes, ya que, mediante la adopción prenatal también estamos velando por los derechos reproductivos de la mujer establecidos en este artículo.

Se concluye que Chile sí permite establecer el procedimiento de susceptibilidad del niño en adopción antes de que se produzca su nacimiento con miras a lo establecido en los tratados internacionales ratificados, pese a que el elemento histórico falle en gran medida por parte del legislador para otorgar un fundamento claro y preciso respecto del por qué se busca instaurar la adopción prenatal; desde un análisis lógico y teleológico de todo el ordenamiento jurídico interno e internacional en lo que respecta a entregar las mejores condiciones para que se desarrolle el niño según el interés superior, la adopción prenatal surge como una gran alternativa tanto para el niño que está por nacer, como para la madre que no puede criar al niño por los motivos expuestos, sirviendo también como vía paralela en caso de que no se haya querido o podido abortar en tiempo y forma.

3.5. LEGE FERENDA A LA ADOPCIÓN PRENATAL EN CHILE

Del mismo modo que se analizó y determinó el aporte que puede llegar a tener la legislación de la adopción prenatal en nuestro país, es del todo dable señalar cuáles debieran ser las propuestas, en virtud de lo investigado, que debieran discutirse en el parlamento con miras al respeto íntegro de los derechos del niño y de la madre en lo relativo a la institución latamente estudiada en virtud.

De *Lege Ferenda*, en primer lugar, se debe conservar el carácter subsidiario y excepcional de toda la institución de la adopción, y mucho más excepcionalísimo para el caso de la adopción prenatal, destacando que solo en el caso que no se tenga la capacidad y/o las condiciones para salvaguardar todos los derechos del niño se podrá otorgar, cuando sea solicitado por ambos padres y cuando el embarazo se ha producido por una violación o incesto solo se requerirá la voluntad de la madre, tomando como referencia a lo ocurrido en la provincia de Corrientes.

El juez deberá velar en todo momento por garantizar la libre exteriorización de la voluntad de la madre, mediante un plan de acompañamiento psicológico adecuada a las necesidades de una madre en período de gestación y post parto, además se deberá asegurar la libertad de discernimiento de la madre no tan solo por un plazo de 30 días de retractación, sino que también acompañada de una solemnidad que permita establecer a todas luces su intención de entregar al niño en adopción.

En segundo lugar, el hospital o clínica deberá incluir dentro de sus formularios la situación de que se haya iniciado un proceso de susceptibilidad de adopción previo, debiendo respetar la decisión de la madre de querer o no querer ver al hijo/a post proceso de parto. En caso de no querer tener contacto con él, se deberá otorgar la guarda provisoria a los padres adoptivos al momento de la alta médico, ellos deberán permitir la visita de la madre biológica si así sucediera dentro del período de los 30 días de retractación o “*cooling off*”.

En tercer lugar, se deberá crear un plan de acompañamiento prenatal y postnatal de la madre que decida entregar su hijo en adopción, el cual deberá establecer como pilar fundamental todas las consecuencias que trae consigo entregar el consentimiento de entrega en adopción, junto con atención psicológica gratuita en todo momento; en caso de que sea necesario, el Servicio Mejor Niñez o los organismos acreditados por éste deberán brindar alimentación y habitación para la madre en el período de gestación como garantía del respeto del derecho a la integridad de la mujer y del interés superior del niño.

De esta forma estaremos satisfaciendo todos los intereses presentes: subsidiariedad de la adopción; respeto a la integridad psíquica y física de la mujer; interés superior del niño respondiendo

acorde a la protección legal constitucional y velando por el derecho a la vida familiar y a su pleno e íntegro desarrollo.

3.6. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN PRENATAL

Dentro de las ventajas que se pueden mencionar respecto de la regulación de la adopción prenatal, entendida como aquel consentimiento de la madre previo al nacimiento del niño o niña, se puede decir lo siguiente:

En primer lugar, la adopción prenatal serviría principalmente como vía alterna al aborto en aquellos casos en que sea riesgoso para la mujer la práctica del mismo, lo que refleja la oportunidad de perseverar en la decisión de no tener al niño o niña a su cuidado por el motivo que fuere.

La adopción prenatal viene a garantizar el derecho reproductivo de la mujer establecido en el artículo 16.1, letra e) de la CEDAW: “los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”, de este modo se vela por la decisión libre y responsable de la mujer para el cuidado de un hijo.

Asimismo, la adopción prenatal, es una ventaja para la mujer, ya que, por medio del programa de acompañamiento psicológico y las garantías de la salud física que se deberán prestar a la madre gestante por los centros médicos establecidos servirá de gran ayuda para quienes se encuentran en la incertidumbre sobre qué opción tomar respecto de la tenencia o no del NNA; incertidumbre que puede venir de diversos factores, tales como: psicológicos, económicos, sociales, físicos, espirituales, etc.

Y, por sobre todo lo antedicho, es una gran opción de garantizar lo establecido en las diversas Convenciones Internacionales, la Constitución y las leyes nacionales respecto a la protección legal de la mujer y del que está por nacer, puesto que, como hemos reiterado a lo largo de todo el trabajo, la protección de la salud integral de la mujer es también la protección de la salud del que está por nacer.

Ahora bien, respecto a las desventajas, la principal a considerar se refiere al tópico de las transacciones pagadas respecto a adopciones prenatales clandestinas y el abuso del derecho que eso puede provocar, junto a lo que podría abrir en el peor de los casos, tráfico de niños. Debido a estos grandes problemas, es que surge la necesidad de enfrentarlos a través de una completa legislación al respecto, para que estos puntos oscuros no queden al arbitrio del silencio de ley o lagunas normativas.

Otra de las desventajas a considerar es la falta de técnicos y profesionales de la salud para que se encarguen de garantizar el cumplimiento de entregar un servicio a beneficio de la mujer, junto a ello, cabe considerar también la capacidad hospitalaria y presupuestaria para enfrentar un cambio legislativo como el que se propone anteriormente, toda vez que implica una reforma importante al sistema de salud, al de adopción y al del Servicio Mejor Niñez.

CONCLUSIONES

Luego de todo lo expuesto, advertido y analizado en el presente trabajo, cabe realizar las siguientes conclusiones:

Tenemos un sistema de adopción que cumple de cierta manera con lo necesario para el respeto de los derechos del niño, aunque existen ciertas falencias evidentes que se deben mejorar con las reformas venideras, como es el caso de la excesiva demora en el proceso de adoptabilidad. Sistema el cual cumple de manera insuficiente los derechos de la madre gestante al momento de dar en adopción.

El sistema adoptivo chileno plantea un tipo de adopción totalmente inédita e innovadora en Sudamérica, y esta es: la posibilidad de iniciar el proceso de susceptibilidad de adopción del niño cuando este aún no ha nacido, bajo el estricto cumplimiento de la cláusula que establece que solo aquellos padres que no se encuentren capacitados o en condiciones hacerse responsables del niño. A esta circunstancia se le ha denominado doctrinariamente como “adopción prenatal”.

En el análisis del proceso legislativo de la Ley N°19.620, se pudo evidenciar que tanto los parlamentarios, como los comisionistas no fundamentaron jurídicamente la inclusión de la adopción prenatal ni desde una óptica constitucionalista ni tratadista, tan solo de forma timorata y poco convincente se esbozó por la ministra de justicia de la época y algunos diputados que al regular la adopción prenatal se estaría dando cabida a la opción de garantizar el derecho del niño a nacer y a pertenecer a una familia, y en particular a evitar el aborto, sin embargo, se encontró la contra de una bancada de diputados que afirmaba que regular la adopción prenatal abría la puerta a la práctica del “vientre de alquiler”, de modo que la institución hecha mención se legisló de manera concisa y sin entregarle la importancia que se debía tener en razón de los derechos conculcados.

Luego, en el examen de lo establecido por los tratados internacionales ratificados por nuestro país encontramos la primera gran discusión que estriba en determinar desde cuándo se puede considerar niño a alguien. Lo que se obtuvo del estudio de estas convenciones internaciones es que: Los Derechos del Niño aplican desde que el embrión se implanta en el útero de la mujer, queda bajo protección legal el niño por medio de la protección que se le otorga a la madre que está gestando, es decir que se le debe dar protección en primer orden a la mujer.

Una vez obtenida esta respuesta, se determinó cuál es el carácter jurídico que se le entrega a los tratados internacionales que se ratifican por el mandatario, y se concluyó que el tratado no puede calificarse, sino que se debe atribuir el rango legal o constitucional dependiendo de lo prescrito en las normas contenidas en ellos, esto se debe al control constitucional que se ejerce en nuestro país por parte

del Tribunal Constitucional y el legislador. Al determinar el carácter jurídico de la norma del Convenio de La Haya que propugnaba cuáles eran los criterios que se debían seguir por el estado parte para adoptar a un niño, se acabó señalando que poseía un rango legal.

Por ende, nuestro país debía dictar leyes que prescribiesen que solo se deberá adoptar a un NNA cuando transcurriera un tiempo del nacimiento, lo que se realizó de manera correcta, pero que se permitiera manifestar la voluntad de entregarlo en adopción antes de que nazca bajo el apercibimiento que se tenga por ratificado hasta un plazo de 30 días.

Tras la revisión y comparación de la legislación, doctrina y jurisprudencia argentina y española es del todo dable concluir que estos ordenamientos jurídicos no permiten la posibilidad de adoptar prenatalmente a un niño o niña de la manera que lo hace nuestro país.

Luego de instaurada la adopción prenatal se evidenció que su pobre fundamento coligió con las carencias que surgieron, como la falta de un plan de acompañamiento para la madre que se encontraba en período de gestación, que vendría a ser el pilar fundamental de la protección legal del nasciturus.

Finalmente, se concluye que nuestro país sí responde de buena manera a lo antedicho en los tratados internacionales, sin embargo, se debe mejorar en el cumplimiento de entregar la debida protección al que está por nacer mediante el resguardo a la madre.

BIBLIOGRAFÍA

A. LIBROS, REVISTAS, PRENSA Y ARTÍCULOS.

- **ACOSTA ALVARADO, Paola.** “Sobre las relaciones entre derecho interno y derecho internacional. Estudios Constitucionales”, Ed. 14, Santiago, Chile, 2016.
- **ALDUNATE LIZANA, Eduardo.** “Derechos Fundamentales”, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008, p. 83.
- **ALDUNATE LIZANA, Eduardo.** “La Posición de los Tratados Internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”. Ius et Praxis, versión 16 N°2. Pp. 185-210, año 2010.
- **ARANGO, Mónica.** “Derechos sexuales y reproductivos, en Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica”, Santiago, Chile, 2014. P. 211.
- **ARAYA PINO, Claudia.** “Ley de adopción 19.620: análisis, fundamentos y objetivos”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile, Santiago, 2001.
- **ARCHARD, David.** “Children Rights and childhood” (Routledge: 2004 2ª ed.), p. 61.
- **AVIV, Natalia.** “Inhabilidad Parental por Pobreza y Susceptibilidad para la Adopción. Vulneración del Principio de la Subsidiariedad de la Adopción”. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2018. P. 23.
- **BAEZA, Gloria.** “El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”. Revista chilena de Derecho. Volumen 28 N°2: p. 359. Año 2001.

- **BARRA, Rodolfo Carlos.** “La Protección Constitucional del Derecho a la Vida”. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 60.
- **COPELON, Rhonda, Et al.** 2005. “*Human Rights Begin at Birth: International Law and the Claim of Fetal Rights. Reproductive Health Matters*”, 13(26). pág. 123.
- **CORRAL TALCIANI, Hernán.** “El embrión humano: Consideraciones sobre su estatus jurídico a propósito de la despenalización’ del aborto”, Cuaderno de Extensión Jurídica, N°27, Santiago, Chile, 2015. p. 185.
- **CORRAL TALCIANI, Hernán.** “Adopción y Filiación adoptiva”. Santiago, Chile, 2002. 1ª edición, editorial Andrés Bello.
- **CILLERO BRUÑOL, Miguel.** “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño”. Justicia y Derechos del Niño, Número 9, UNICEF. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Santiago, Chile, agosto 2007, pp. 125-142.
- **CORTÉS CAMUS, Macarena.** “La adopción Internacional frente a la Ley 19.620”, Memoria para optar al grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2004.
- **“Declaración Prenatal de la intención de dar en Adopción al hijo. Examen de viabilidad y estudio de impacto en el derecho argentino”.** La LEY, Buenos Aires, Argentina. 9 de septiembre de 2019. Página 11.
- **FERNÁNDEZ, María Cruz.** “Reseña Histórica de la regulación legal de la adopción en España”. 2014. Pág. 2-3
- **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** “¿Qué es ser “persona” para el Derecho?”. Derecho Privado, Libro en Homenaje a Alberto J. Bueres, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

- **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** “Derecho a la Identidad Personal”. Buenos Aires, Argentina, 1992. Editorial Astrea. Pág. 15.
- **FONTEMACHI, María A.** “La práctica en adopción, aspectos interdisciplinarios”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2000, pág. 33/34, con prólogo de Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI).
- **FUNDACIÓN CHILENA DE LA ADOPCIÓN.** Historia de la Ley N° 19.620. P. 234.
- **GÓMEZ GASTÓN.,** “Derechos Fundamentales y Recurso de Protección”, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2005, p.311.
- **GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz.** “Sistema Filiativo chileno”. Editorial Jurídica. Santiago. 2007. Pág. 223.
- **HARASIC Davor,** “Postura de la U. de Chile ante Tribunal Constitucional por ley #aborto3causales”, [Vídeo] YouTube, 17 de agosto de 2017.
- “Influencia de los factores psicológicos en el embarazo, parto y puerperio”. Estudio longitudinal por **Dolores Marín, María Ángeles Bullones “et al”.** Nure Investigación, Madrid, España, N.º 37. 2008.
- **Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile año 2017 de la Universidad Diego Portales,** ediciones Universidad Diego Portales, año 2017, Santiago, Chile.
- **IÑIGUEZ MANSO, Andrea, Marcela Peredo Rojas.** “Propuestas de solución para los aparentes conflictos jurídicos que se pueden suscitar entre el derecho a la vida del que está por nacer y los derechos de la madre”, Revista Derecho Público Iberoamericana, N.º 11, Santiago, Chile, noviembre del 2017.

- **JEQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, citado por CORRAL TALCIANI, HERNÁN.** “Adopción y filiación adoptiva”. Editorial Jurídica. Santiago. 2002. Pág.
- **JOSEPH, Rita.** “Human rights and the unborn child” (Boston, Martinus nijhoff Publishers).
- **KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida.** “Tratado de Derecho de Familia”, Tomo III, Pág. 249 y ss.
- **KNUDSON, Lara.** “*Reproductive Rights in a Global Context: South Africa, Uganda, Peru, Denmark, United States, Vietnam, Jordan*”. Nashville, TN: Vanderbilt University Press.
- **LARRAIN ASPILLAGA, María,** “La adopción: un análisis crítico y comparado de la legislación chilena”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991.
- **LÓPEZ BARAHONA, Mónica.** Adopción Prenatal: una alternativa legítima para los embriones congelados. España 2004
- **M. DE JESÚS, Ligia. y FRANCK, María I.** “Aborto y derechos prenatales en américa latina y el caribe: Un análisis comparativo de leyes y jurisprudencia relevante tras la adopción de la convención americana sobre derechos humanos”. *Ars boni et Aequi*, año 2014, pp. 11-100.
- **MEDINA QUIROGA, Cecilia.** “El Derecho internacional de los Derechos Humanos y el Ordenamiento Jurídico Chileno”.
- **MEZA-LOPEHANDÍA, Matías.** “El aborto en el derecho internacional de los derechos humanos”. Biblioteca del Congreso Nacional, Chile. P.7.
- **MOGROVEJO JARAMILLO, Diego.** “El compromiso de adecuar la ley a un tratado: coalición o colisión, Abstracto. Revista de Derecho Foro: Problemática Constitucional de la Integración, N° 22.

- **MORAN, Laura.** “La adopción y el derecho a la identidad”. Tesis (para la graduación de abogacía). Argentina. Universidad Siglo 21, Facultad de Derecho. 2017. Pág. 11.
- **NÚÑEZ POBLETE, Manuel.** “Tratados internacionales sobre integración y Derechos Humanos frente al ordenamiento jurídico chileno. Estudio sobre su aplicación y principios metodológicos de evaluación, ejecución y seguimiento. Informe de Consultoría.
- **RÍOS, Lautaro.** “Jerarquía normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”. Ius et Praxis. Volumen 2, N°2: p. 110. Año 1997.
- **SERANI, Alejandro.** “El estatuto antropológico y ético del embrión humano”. Revista Cuaderno de Bioética, Volumen 8, N°37, Santiago, Chile, 31 mayo de 1997, P. 1070.
- **SOTO SENRA, Georgina.** “La adopción internacional, pertinencia y peligros”. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México núm. 20, 2007, pp. 135.
- **STEINBOCK, Bonnie.** “Motherhood surrogate as prenatal adoption”. Law, Medicine and Health Care, Vol. 16, no. 1 (1988) pp. 44-50.
- **TRONCOSO, Claudio y VIAL Tomás.** “Sobre los Derechos humanos reconocidos en Tratados Internacionales y en la Constitución”. Revista chilena de Derecho. Volumen N° 20: pp. 695-696. 01 de enero de 1993.
- **“¿Un fallo “revolucionario” o una contraofensiva frente a la consolidación de los derechos humanos en clave de género?”.** La LEY, Buenos Aires, Argentina. Página 5.
- **VALENZUELA Cecilia, Luis Villavicencio.** “La constitucionalización de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Hacia una igual ciudadanía para las mujeres”. Ius et Praxis, vol. 21 N°1, Talca, Chile. 2015.

- **“Valoración de la Adopción de embriones humanos congelados desde el punto de vista de la Filosofía moral, la Ética laica y dos religiones monoteístas”**, abstract. 2016. Acta Bioethica. Por **Justo Aznar “et al”**. 22 (2), Valencia, España.
- **VELA SÁNCHEZ, Antonio**. Anuario de Derecho Civil, Sevilla, España. Pág. 1223.
- **VERGARA BULARZ, Víctor**. “La adopción en Chile: falencias y debilidades de la ley 19.620”, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2011.
- **YÁÑEZ, Manuel**. “Tratados Internacionales sobre integración y Derechos Humanos frente al ordenamiento jurídico chileno. Estudio sobre su aplicación y principios metodológicos de evaluación, ejecución y seguimiento”. Antofagasta, Chile. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Pág. 62.

B. ARTÍCULOS EN LINEA

- **CORRAL TALCIANI, Hernán**. “Opinión acerca de la Adopción Prenatal propuesta en el nuevo proyecto de Ley de Adopción”. [en línea] Disponible en: <https://corraltalciani.wordpress.com/tag/adopcion-prenatal/> [consulta: 26 de agosto de 2019].
- **CARRASCO, María Alejandra**. “Rescate y adopción de embriones crio preservados: ¿solidaridad o encarnizamiento reproductivo?”. [en línea] Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0049-34492014000400006#n55 [consulta: 26 de agosto de 2019].
- **CORPORACIÓN HUMANAS**. “Nueva Constitución y Derechos Sexuales y Reproductivos”. [en línea] Disponible en: <http://www.humanas.cl/wp-content/uploads/2016/08/Booklet-NC-DDSSRR.pdf> [Consulta: 10 de mayo de 2020].

- **DONOSO, Patricio.** “¿En qué consiste el congelamiento de embriones?” [en línea] <<https://www.clinicaalemana.cl/articulos/detalle/2019/en-que-consiste-el-congelamiento-de-embriones>> [consulta: 09 agosto 2020].
- **EL DESCONCIERTO. ARAVENA, Carmen Gloria.** “Adopción en Chile: ¿En qué momento perdimos el rumbo?” [en línea] Disponible en: <<https://www.eldesconcierto.cl/2019/06/07/adopcion-en-chile-en-que-momento-perdimos-el-rumbo/>> [Consulta: 05 de noviembre 2019].
- **INFORME SEF.** Informe estadístico de Técnicas de Reproducción asistida año 2017. [En línea] Disponible en: <https://cnrha.sanidad.gob.es/registros/pdf/Informe_estadisticoSEF_2017.pdf> [Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2020]
- **LATHROP, Fabiola.** “La protección especial de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en el derecho chileno”. Santiago, 2014. [en línea] Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000100005> [consulta 10 de mayo de 2020]
- **MUÑOZ, Alonso.** “Análisis Crítico al Sistema de Adopción en Chile”, tesis (memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago. Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2016. [en línea] Disponible en: <<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/143131/An%c3%a1lisis-cr%c3%adtico-del-sistema-de-adopci%c3%b3n-en-Chile.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> [consulta: 26 de agosto de 2019]
- **Naciones Unidas.** Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994 cap. V, pág.70. [En línea] Disponible en: <https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf> [Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2020]
- **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA:** *Diccionario de la lengua española, 23° ed.*, [versión 23.3 en línea]. <https://dle.rae.es/identidad> [consulta: 17 de noviembre de 2019].

- **SHELTON, Dinah.** 2008. Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. [En línea] Anuario de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile, 4: pp. 15-39. Disponible en: <<https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13488>>
- **SOTO, Rodrigo,** “Opinión acerca de la obra gel genoma al nacimiento del profesor Gonzalo Figueroa”, Ius Et Praxis año 7 N°2, Santiago, Chile, 03 mayo 2020. [en línea] Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200028>. [Consulta: 12 de mayo de 2020].
- **TURNER SAELZER, Susan.** “Sentencia sobre adopción: ¿Y el interés superior del adoptado en el caso concreto?” (Corte Suprema). [en línea] Revista de Derecho de Valdivia Vol. XXV. Disponible en: <<http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v25n1/art13.pdf>> [Consulta: 22 de julio de 2020]
- **Trabajos preparatorios del convenio de la haya sobre protección del niño y a la cooperación,** párrafo 109, página 202. [En línea] Disponible en: <<https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=918>> [Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2020]
- **UNICEF.** OBSERVACIÓN GENERAL N°4, Párrafo 31, 2006. Pág. 10. [En línea] Disponible en: <<https://www.unicef.org/chile/media/2641/file>> [Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2020]

C. LEYES CHILENAS

- Chile. Ministerio de Justicia. Decreto con fuerza de ley 1: Código Civil.
- Constitución Política de la República de Chile.
- Historia de la Ley 19.620 Dicta normas sobre Adopción de Menores. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. [en línea], documento generado el 20 de noviembre de 2019.
- Ministerio de Justicia. Ley N° 5.343 de 1934 [derogada]. Establece los derechos y obligaciones referentes a la adopción.
- Ministerio de Justicia. Ley N° 7.613 de 1943 [derogada]. Establece disposiciones sobre la adopción.

- Ministerio de Justicia. Ley N° 16.346 de 1965 [derogada]. Establece la Legitimación Adoptiva.
- Ministerio de Justicia. Ley N° 18.703 de 1988 [derogada]. Dicta normas sobre adopción de menores y deroga Ley N° 16.346.
- Ministerio de Justicia. Ley N° 19.620 de 26 julio de 1999. Ministerio de Justicia. Dicta normas sobre Adopción de Menores.

D. PROYECTOS DE LEY:

- **CÁMARA DE DIPUTADOS**, Proyecto de ley iniciado por Moción, Mensaje. Boletín 12202-34. Cámara de Diputados, legislatura 366ª, 23 de octubre de 2018.
- **CÁMARA DE DIPUTADOS**, Proyecto de ley iniciado por Moción, Mensaje. Boletín 11576-11. Cámara de Diputados, legislatura 365ª, 10 de enero de 2018.
- **CÁMARA DE DIPUTADOS**, Primer Informe Comisión de Familia, Primer Trámite Constitucional. Boletín 899-07, legislatura 325ª, 31 julio 1995.
- **CÁMARA DE DIPUTADOS**, Segundo Informe Comisión de Familia, Primer Trámite Constitucional. Boletín 899-07, legislatura 332ª, 31 mayo 1996.
- **CÁMARA DE DIPUTADOS**, Primera Discusión General, Primer Trámite Constitucional. Boletín 899-07, Legislatura 325ª, sesión 20. 30 de julio de 1996.
- **CÁMARA DE DIPUTADOS**, Primer Informe de la Comisión de Familia, Tercer Trámite Constitucional. Boletín 899-07, Legislatura 339ª, 04 de noviembre de 1998.
- **CÁMARA DEL SENADO**, Primer Informe de la Comisión de Familia, Segundo Trámite constitucional, Boletín 899-07. legislatura 339ª, 04 de noviembre de 1998.
- **CÁMARA DEL SENADO**, Discusión General, Segundo Trámite Constitucional. Boletín 899-07, legislatura 339ª, sesión 8ª. 04 de noviembre de 1998.

- **CÁMARA DEL SENADO**, Informe de la Comisión de Salud, Primer Trámite Constitucional. Boletín 9.895-11 legislatura 364^a, 15 de septiembre de 2015.

E. LEYES EXTRANJERAS.

- **Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados**, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force, January 27, 1980. Dictado en Viena, 23 de mayo de 1969
- **Convención americana sobre Derechos Humanos**, 21 de noviembre de 1969, OEA Serie N° 36, 1144 U.n.T.S. 123 (18 julio 1978).
- **Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer**, Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.
- **Convención de los Derechos del Niño**. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.
- **Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la cooperación en materia de adopción internacional**. Capítulo 1: “Ámbito de aplicación de la convención, Artículo 1°, letra a)”.
- **Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños**, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional

F. NORMATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL

- Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ley 26.994: aprueba Código Civil y Comercial de la Nación. Promulgada el 7 de octubre de 2014.
- España. Ministerio de Gracia y de Justicia. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

G. JURISPRUDENCIA

- **Argentina. Juzgado de Familia de Paso de los Libres, Corrientes.** Sentencia N° Rol LXP 19676/19, 12 de julio de 2019 [en línea] Disponible en: <<http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2019/08/Fallos4290.pdf> --.> [consulta: 15 de agosto de 2019].
- **España. Audiencia Provincial de Barcelona. Apelación.** Sentencia N° Rol 391-2018, 16 de octubre de 2018. [en línea] Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/71f6c522bf40f1d5/2018103> [consulta: 15 de mayo de 2020]
- **CORTE SUPREMA.** Sentencia de fecha 13 de enero de 2013, en causa Rol 7150-2012, [en www.vlex.cl cita online: 435957758].
- **CORTE SUPREMA,** Sentencia de fecha 1 de agosto de 2011, en causa rol 1958-2011 [en www.vlex.cl cita online: 310572482].
- **CORTE SUPREMA,** 30 agosto 2001, RDJ, t. XCVIII, seco5º, pp. 199-208, c.17º.
- **CORTE DE APELACIONES,** Sentencia del 27 de mayo de 2005, causa rol 656-2005, considerando 8º “: que si bien, en todas las decisiones que incumben al menor es necesario oírlo y tener en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, no corresponde resolver teniendo en cuenta únicamente su opinión, particularmente si los dichos del menos solo expresan

un querer no sustentado en antecedentes que hagan plausible la necesidad de acoger tal drástica decisión”. 27 de mayo de 2005.

- **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**, 4 agosto 2000, Rol N.º 309. R.D.J., t. 97, se. 6ª, p. 99