

Universidad Andrés Bello  
Facultad De Ciencias Jurídicas  
Escuela de Derecho

*El nuevo proceso de adopción a la luz de la Ley 19.968*

Tesina para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Tesista:

Sr Alex Salazar Jeraldo

Profesor Guía:

Rommy del Pilar Álvarez Escudero

Viña del Mar, 2006

## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
--------------------------	----------

### Capítulo Primero

#### CONCEPTO DE ADOPCIÓN

1.Concepto.....	8
1.1 Concepto doctrinario.....	8
1.2 Concepto legal.....	10
2. Principios procesales formadores de la adopción.....	12
2.1 Concepto.....	12
2.2 Enunciación de los principios.....	14
2.2.1 Inmediación.....	14
2.2.2 Oralidad.....	16
2.2.3 Publicidad.....	17
2.2.4 Protección de la Intimidad.....	18
2.2.5 Contradicción.....	18
2.2.6 Preclusión.....	20
2.2.7 Concentración.....	20
2.2.8 Economía procesal.....	21
2.2.9 Interés Superior del niño, niña o adolescente y Derecho a ser oído.....	22
3.Principios sustantivos formadores de la adopción.....	22
3.1Principio de subsidiariedad.....	23
3.2 Principio de la identidad biológica del adoptado.....	24

### Capítulo Segundo

#### PROCEDIMIENTOS PREVIOS A LA ADOPCIÓN

1. Generalidades.....	26.
2. Concepto.....	27
3. Procedimientos previos.....	28
3.1 Procedimiento contemplado en el artículo 9.....	28

3.1.1 Inicio.....	28
3.1.2 Trámites que se deben efectuar por el Juez de Familia.....	29
3.1.3 Situaciones que pueden darse en la audiencia preparatoria.....	30
4. Declaración de susceptibilidad.....	35
4.1 Inicio.....	37
4.2 Tramitación.....	38

### **Capítulo Tercero**

#### **EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCION.**

1. Los adoptantes.....	40
1.1 Concepto de adoptantes.....	40
2. Adopción conyugal.....	42
2.1 Requisitos.....	42
3. Adopción conyugal post mortem.....	46
3.1 Requisitos.....	51
4. Adopción individual.....	48
4.1 Requisitos.....	51
4.2 Recursos.....	55
4.3 Cumplimiento y ejecución de la sentencia constitutiva de adopción.....	59

### **Capítulo Cuarto**

#### **LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL**

1. Generalidades.....	61
2. Concepto de adopción internacional.....	61
3. Convenio internacional sobre derechos de los niños.....	62
4. Convenio sobre protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional.....	63
5. Procedimiento .....	65
6. Cuidado personal pre adoptivo.....	66

7. Adopción internacional en Chile.....	67
7.1 Generalidades.....	67
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>73</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>76</b>

## INTRODUCCION

En todo el mundo el tema de los niños carentes de familia es una realidad, la familia es sin duda la base de la sociedad, y es así como el desarrollo y fortalecimiento de nuestras sociedades se determina por el desarrollo y crecimiento de la familia. Nuestro constituyente establece en nuestra carta fundamental en su artículo primero inciso segundo, que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, es pues por esto, que el Estado debe velar por la protección y fomento de la familia, ahora, ¿Cómo se vincula la familia con la adopción? Lamentablemente existen niños carentes de familia, o con ausencia de amor y ternura, que dan como resultado adultos fríos, que en la mayoría de los casos redundan en violaciones al ordenamiento jurídico, tornándose en un problema de nuestras sociedades. El estado debe propender y facilitar la integración de lo niños carentes de familia, en el seno de una nueva familia de acogida, o en su defecto, proteger en forma integral su dignidad de ser humano.

El Derecho desde los orígenes de la sociedad, se ha ocupado de estos niños, desde el antiguo derecho medo persa, hasta el Derecho romano con distintas ópticas, así la adopción ha sido objeto de interés del derecho, su relevancia antaño venía dada en familias y patrimonios que quedaban sin un continuador.

En la época de la ilustración y como consecuencia de las ideas contractuales de la época, la adopción se entendía como un contrato cuya naturaleza jurídica contractual era similar a una compraventa, en cuanto esta era regulada por la ley y propendía al beneficio de ambas partes, creando derechos y obligaciones recíprocos.

Con el advenimiento de la segunda guerra mundial, y el cruel escenario vivido en Asia y en Europa, la realidad de los niños huérfanos o con padres imposibilitados de hacerse cargo de ellos, hizo peso en las conciencias de la época, y la idea de adopción se tornó en un proceso de positivización de la misma en el mundo, y como una protección de la infancia desválida.

Desde un punto de vista del Derecho Internacional, la Asamblea General de la OEA proclamó la declaración de los Derechos de la Familia, que en su artículo primero nos dice “ toda persona y especialmente todo niño tiene derecho a una familia y

a una estabilidad de la institución familiar ”, lamentablemente esta declaración muchas veces queda en el sonido de las palabras, y no tiene una materialización real, puesto que el problema de las familias que abandonan sus hijos, y de los niños sin familia sigue siendo una realidad en nuestro planeta, tornándose en opinión de algunos psicólogos, países proveedores de niños, en nuestra opinión tal denominación es peyorativa y no se empleará en esta memoria, pero sirve para graficar la realidad de ciertos países.

Nuestro país a suscrito la convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, que da un marco jurídico y obliga a los Estados parte, a dar protección a los niños objeto de adopción y a sus padres, enfatizando que el procedimiento sea cual sea el que se aplique, debe respetar la dignidad de los niños y los derechos que emanan de su naturaleza humana, como es su interés superior, y el derecho que tienen estos de ser oídos, entre los más importantes.

Nuestro país suscribió la convención de los derechos del niño, y la convención sobre la protección de menores, y cooperación en materia de adopción internacional, ambas convenciones fueron causa de grandes modificaciones en nuestro ordenamiento jurídico familiar, como fue la dictación de la Ley 19.620, que entre otras particularidades unifica la adopción en solo la adopción plena, no reconociendo otra adopción, sino aquella que crea lazos de filiación, siguiendo lo dispuesto en la convención sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción.

A pesar de lo anterior, este no es el primer antecedente normativo de adopción en nuestro país, pese a que en nuestros orígenes como república independiente, no contábamos con una norma que regulara la adopción, ni tampoco su tratamiento fue objeto del Código Civil, situación que cambió en el año 1934 a través de la Ley 5.343, donde la adopción tomó valor positivo en nuestra legislación, y desde ese momento hasta la fecha han existido importantes cambios en la materia, y es así que se llegó a la creación de la Ley 19.620, que considera principalmente el interés superior del niño, como referente de protección. En este sentido, la idea es privilegiar los beneficios que aporta al niño, la colocación de éste en una familia determinada, en el sentido que le sean proporcionados no solo el afecto y amor necesarios para un buen desarrollo emocional, sino que también las herramientas suficientes para que sean seres humanos felices y colaboradores positivos en la sociedad.

Junto con la dictación de la Ley 19.620, a principios del nuevo milenio entró en vigencia la Ley 19.968, denominada Ley de Tribunales de Familia, que modifica de manera sustancial el procedimiento de los asuntos materias de familia, y la adopción claramente se vio afectada por ésta, es así como nuestra ley de adopción vio modificado su procedimiento, tanto el de adopción propiamente tal, como el de los procedimientos previo a la adopción.

El proceso de adopción que será tratado en extenso en esta obra, presenta lineamientos propios de los principios procesales que se tratarán y que toman un gran valor en el desarrollo de la comprensión de este nuevo proceso, como es el de la concentración, la inmediatez, y principios propios de la adopción, como es el interés superior del niño, la subsidiaridad de la adopción entre otros comentados.

El nuevo proceso contempla dos audiencias, una audiencia preparatoria, y una audiencia de juicio, en donde en ambas el Juez deberá formarse la convicción del beneficio del niño, en ingresar a la familia solicitante.

Junto con estudiar de manera cabal el proceso, se analizarán las modificaciones que impone un proceso nuevo en la Ley, y que repercuten en su médula. Además de lo anterior, se apreciarán los recursos que contempla la ley y la incursión del recurso de casación, que en nuestro criterio uniformará los lineamientos que en materia de familia son tan importantes.

Además de un análisis del proceso, se analizan situaciones propias de la adopción, como es la tuición pre adoptiva, la adopción pre natal entre otras, entregando un esquema claro de la realidad que existe en nuestro ordenamiento jurídico, entendiendo que la adopción surge como un remedio a la problemática del niño abandonado y que se traduce en la preocupación de nuestro Estado en reforzar la protección de estos, elaborando mecanismos para la defensa del niño abandonado, primero en su seno familiar en la medida de lo posible, y segundo en la colocación de éste, en una familia a través de la adopción, nunca perdiendo el carácter de subsidiaria que posee ésta y la preferencia de la familia de origen en el cuidado y desarrollo de la infancia de los niños, siendo la adopción la última instancia, y que en nuestra opinión cubre de mejor manera las necesidades propias del niño.

## **CAPITULO PRIMERO**

### **CONCEPTO DE ADOPCIÓN.**

#### **1. CONCEPTO**

Desde un punto de vista etimológico la adopción deriva de la voz latina *adoptio*, que deriva su vez del verbo *adoptare*, que significa adoptar o la acción de adoptar.

Ahora en cuanto a su significado, la Real Academia de la Lengua Española define a esta institución como “el acto de Adoptar” y adoptar a su vez lo define como: “Recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente<sup>1</sup>”.

#### **1.1 Concepto Doctrinario.**

A lo largo de la historia del Derecho y de las distintas instituciones que lo conforman, muchas son las definiciones que se han esbozados sobre éstas, resaltando algunas por sus contenidos jurídicos cuya naturaleza se conforma en base a la rama del derecho a la cual pertenecen.

En nuestro caso, la adopción ha sido objeto de estudio desde la antigüedad.

Existen autores como Capitant, que la definen como un “Acto jurídico que crea un vínculo de filiación ficticia entre dos personas, una llamada adoptante y otra adoptado, sin que el adoptado pierda sus derechos en la propia familia. La adopción de un menor ocasiona sin embargo la transferencia de la patria potestad al adoptante”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> ENCICLOPEDIA UNIVERSAL SOPENA. “Diccionario Ilustrado de la Lengua Española”. Editorial Ramon Sopena, S.A. Madrid, España, 1984

<sup>2</sup> CAPITANT HENRI.” Vocabulario jurídico”. Buenos Aires. Ediciones de Palma Buenos Aires versión traducida de “Vocabulaire juridique”, por Horacio Guaglinone Aquiles. Año 1986. Pág 33.



Autores nacionales como Luís Claro Solar la definen como “Acto por el cual se recibe legalmente como hijo a quien no lo es, por naturaleza”<sup>3</sup>. Este autor nacional pone de manifiesto como elemento esencial de la adopción la Integración del adoptado a la familia adoptante, dentro de un marco de legalidad, esta definición, trasciende en cuanto engloba los puntos más importantes de la adopción, primero en su función de proporcionar una familia a quien no la tiene a través de los procedimientos que establece la ley, y segundo enmarcado dentro de un procedimiento jurídico

Otros autores realzan la importancia del procedimiento judicial, es así como CORRAL TALCIANI, la define como “La constitución por sentencia judicial o por pacto solemne de un vínculo jurídico entre una o dos personas llamadas adoptante o adoptantes y otra denominada adoptado, que resulta análoga en sus presupuestos y efectos a la relación que existe entre padres e hijos, y que extingue o se superpone a la relación del adoptado con sus progenitores biológicos”<sup>4</sup>. Este autor nos entrega una definición más extensa de adopción y sintetiza sus elementos poniendo énfasis en sus efectos. Fueyo la define como “La adopción es una institución jurídico social que se perfecciona bajo el impulso de un negocio jurídico familiar que debe culminar con una decisión judicial aprobatoria, seguida de su fijación registral, y que regida por normas imperativas en cuanto a su constitución y efectos, tiene por objeto fundamental, crear ante adoptante y adoptado una relación paterno filial constitutiva de estado civil, generalmente ajena al hecho biológico de la procreación, siendo de menor o mayor grado, según sea su clase, en conformidad a la ley”<sup>5</sup>. Fueyo su vez analiza el tema desde los procedimientos posteriores a la adopción, en cuanto se refiere a la fijación registral, que será analizada en extenso, pero que valga adelantar tiene una gran importancia en la fijación de la filiación adoptiva del niño.

---

<sup>3</sup> CLARO SOLAR, LUIS. Citado por AMBROSIO RODRIGUEZ QUIROZ. “Nuevo Régimen de Adopción”. Revista Actualidad Jurídica. Santiago de Chile. Año 2000. Pág. 283.

<sup>4</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “Adopción y Filiación Adoptiva”. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2002. Pág. 74.

<sup>5</sup> FUEYO LANERI, FERNANDO. “Notas sobre legitimación adoptiva o adopción plena ante una perspectiva de reforma legislativa”. Gaceta Jurídica N° 45. Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile. Año 1984, Pág 14.

## 1.2 Concepto legal

No tan felices como las definiciones transcritas anteriormente, han sido las leyes que han definido a la adopción, éstas se han basado en los efectos jurídicos que se le asignaba a la adopción, y a la ideología imperante en materia de Familia.

La primera ley que se preocupa de entregar un concepto de adopción es La ley N° 5.343, que en su artículo 1° la define como “ Acto jurídico destinado a crear entre adoptante y adoptado los derechos y obligaciones que establece la presente ley”. En nuestra opinión, más que estar ante un concepto de adopción, se está en presencia de una definición de un tipo de contrato o especie de contrato, situación no descubierta por nosotros, puesto que a este tipo de adopción se le denominó adopción contrato, y que dista mucho de satisfacer las necesidades de un niño carente de familia, pero que en la época, en que fue elaborada, fue un gran avance jurídico, el solo hecho de considerar la posibilidad de poder adoptar

La naturaleza contractual de la adopción se debió principalmente a las ideas liberales del siglo XVIII, que percibió la adopción como un contrato generador de obligaciones, en el que se da énfasis a la autonomía de la voluntad de los contratantes, y que por su propia naturaleza no permite que se extiendan sus efectos a terceros no contratantes, es decir, no produce efectos erga omnes. En nuestra legislación tanto la ley N° 5.343 como la ley N° 7.613 le atribuyen un carácter netamente contractual a la adopción, y por lo mismo ésta sólo producía efectos relativos<sup>6</sup>, es decir, entre los contratantes, y no generando obligaciones fuera de estos.

La normativa anterior considera a la adopción, como un contrato entre adoptante y adoptado, y es categórica en que no constituye estado civil entre las partes. Su finalidad fundamental es mantener la línea de sucesión de los adoptantes, podemos ver la diferencia entre el objetivo del legislador de la época, y el pensamiento actual en torno a la idea de la adopción, el primero analiza la adopción desde la perspectiva de una familia carente de hijos que continúen la historia familiar, contraria al interés superior del

---

<sup>6</sup> CAMPILLAY FERNANDEZ, JORGE “La adopción y los nuevos procedimientos de la ley 19.968 sobre tribunales de familia” ,Editorial Jurídica, Santiago de Chile. Año 2006, Pág 14.

niño, el que fue un logro que con el tiempo cristalizó en el interés superior del adoptado, mas que en el del adoptante, este periodo de la historia de la adopción carece de una función tutelar del niño, de hecho establece que la adopción quedará sin efecto de pleno derecho, en el evento que se pruebe que el hijo legítimo de los padres estuviere ya concebido en la época de la celebración del pacto de adopción. Tanto la ley N° 5.343 como la ley N° 7.613 consideran a la adopción como un beneficio contractual que entregan los adoptantes al adoptado, mas que una función proteccional que es la nueva orientación en torno a la adopción

La entrada en vigencia de La ley N° 16.346 sobre legitimación adoptiva, nos entrega una nueva definición de Adopción, en su artículo 1°, sostiene que esta es “aquella que tiene por objeto conceder el estado civil de hijo legítimo de los legitimantes adoptivos con sus mismos derechos y obligaciones en los casos y con los requisitos que se establecen en esta ley.”

Como diferencia, salta a la vista el vinculo filiativo que existe entre adoptante y adoptado, por sobre un vinculo contractual, tornando a la adopción mas que en un contrato, en una institución propia del Derecho de Familia, entregando los mismos efectos que la filiación legítima, con ciertas particularidades en materia sucesoria<sup>7</sup>, fue sin lugar a dudas, un avance en la igualdad de los hijos ingresados al matrimonio a través de la adopción.

A finales de la década de los 80, entró en vigencia la ley N° 18.703, que clasifica la adopción en simple o plena, y define a la primera en su artículo 1° como “Aquella que crea entre el adoptante y el adoptado sólo los derechos y obligaciones que se establecen en el título segundo”; y en su artículo 2° como adopción plena “aquella que tiene por objeto conceder al adoptado el estado civil de hijo legítimo de los adoptantes en los casos y con los requisitos que se establecen en el título tercero”.(artículo 1°)

Esta ley consagra una dualidad en la adopción, la primera de ellas denominada adopción simple que no entrega la calidad jurídica de hijo, y que en la practica, se reduce a una especie de cuidado o crianza del niño, pero sin efectos filiativos, algo similar a una medida asistencial o de protección, puesto que comparte elementos

---

<sup>7</sup> Los adoptados en materia sucesoria se asimilaban a los hijos naturales, con la entrada en vigencia de la ley 19.585, se suprimieron estas odiosas diferencias.

tales como la temporalidad de la figura y su revocabilidad. La adopción simple se asimila mas a una medida de protección que a una adopción plena, puesto que ésta en sentido estricto es muy diferente de la medida de protección, principalmente por sus efectos irrevocables. La segunda posibilidad que consagra la ley es la adopción plena que si crea un vínculo de filiación, esto es, asimila a los adoptados a los hijos legítimos

Finalmente la ley N° 19.620 no nos entrega una definición de la adopción, pero establece sus rasgos y elementos, y parte diciendo en su artículo primero, “que es aquella que 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”. Esta ley no nos entrega en el fondo un concepto, sino más bien, se preocupa de señalar los efectos de la adopción y su fin, cual es velar por el interés superior del adoptado.

## **2. PRINCIPIOS PROCESALES FORMADORES DE LA ADOPCIÓN**

Una vez analizado el concepto de adopción, debemos centrarnos en los principios procesales formadores que conforman su procedimiento, a fin de comprender a cabalidad su tramitación y efectos jurídicos.

### **2.1. Concepto.**

La doctrina no esta conteste frente a la concepción de los principios del Derecho Procesal en general, ni tampoco de las ramas que forman el Derecho Procesal Especial como es el de familia, área en la que se desarrolla el tema de la Adopción. Nuestro legislador frente a los grandes cambios que ha experimentado el Derecho Adjetivo en nuestro país, ha optado por realizar una enumeración no taxativa de los principios procesales que conforman el nuevo sistema procesal, así a modo de ejemplo, se puede citar lo sucedido con el nuevo sistema procesal penal, y con la reforma instaurada por los tribunales de familia, de ahí que se desprenda la importancia de los

principios procesales, en todo nuevo proceso, ya que vienen en incorporarse a un ordenamiento y cultura jurídica.

La importancia de éstos, radica siguiendo lo sostenido por Roland Arazi<sup>8</sup> que cumplen principalmente tres funciones:

1. Dar base al legislador para regular los procedimientos judiciales que una determinada comunidad haya de darse.
2. Operar como elementos de interpretación de las normas procesales en situaciones dudosas y conflictivas.
3. Permitir encarar el estudio histórico y comparativo de distintas legislaciones procesales.

Son muchas las definiciones que se han dado de principios procesales, así para Adolfo Borthwick, “son construcciones jurídicas llamadas a estructurar ciertas ideas fundamentales del proceso, a partir de las cuales se perfila un determinado sistema cuya finalidad es la de realizar las normas sustantivas”; para Couture es “Toda ley procesal, todo texto particular que regula un trámite del proceso, es en primer término, el desenvolvimiento de un principio procesal, y ese principio es en sí mismo, un partido tomado, una elección entre varios análogos que el legislador hace”. El análisis de los principios procesales en detalle, escapa hondamente del tema central de esta obra, cual es la Adopción, sin embargo, es menester profundizar en aquellos principios rectores del Nuevo proceso de Familia, toda vez que la adopción en lo no regulado procesalmente por la ley 19.620, se aplicará en manera subsidiaria, lo dispuesto por la ley 19.968, toda vez que la ley 19.620 hace una remisión expresa en el Artículo 2º.-“ La adopción se sujetará, en cuanto a su tramitación a las normas establecidas en esta ley, y en lo no previsto por ella, a las de la ley N° 19.968”.

---

<sup>8</sup> J Gaceta jurídica. (Santiago, Chile) No. 295 (ene. 2005), Juan Agustín Castellón Munita, Los Principios Procesales Pág.32 \*-----

## 2.2 **Enunciación de los principios.**

Antes de profundizar en los principios procesales formadores de la adopción, conviene hacer un distingo entre los que son principios procesales propiamente tal, y normas de carácter Técnico, las segundas no cumplen de ninguna manera los fines que ya fueron expuestos, y que son propios de los principios procesales, puesto que conforman una estructura de carácter orgánico y funcional de la judicatura, y no apuntan al proceso mismo, vale decir, entregar directrices a los sujetos procesales, a fin de resolver la cuestión que ha sido puesta en conocimiento de la judicatura de familia, como es en nuestro caso.

La doctrina reconoce principalmente como principios procesales propios de los procesos del Derecho de familia a los siguientes<sup>9</sup>:

- A) Inmediación.\*
- B) Oralidad\*
- C) Publicidad\*
- D) Protección de la Intimidad \*
- E) Contradicción \*
- F) Preclusión
- G) Concentración\*
- H) Economía procesal
- I) Interés Superior del niño, niña o adolescente, y el derecho a ser oído.

### 2.2.1 **Inmediación.**

Siguiendo lo sostenido por Borthwick, “Se llama inmediación al principio procesal en virtud del cual, se procura garantizar, prescindiendo de todo intermediario – un vínculo personal, permanente, directo y simultáneo del juez con las partes, Ministerio Público y demás sujetos eventuales que intervienen en el proceso, en miras de recibir desde la apertura hasta el cierre del debate – excluyendo cualquier medio indirecto

---

<sup>9</sup> Aravena A., Leonardo, “*Tribunales de Familia*” Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005 página 31 y SS.

de conocimiento judicial – las aportaciones probatorias que le permitan a aquel edificar un estado conviccional sobre el cual sostener la sentencia. Este conocimiento inmediato del juez se adquiere por vía psicológica, (aprehensión directa de los datos externos o internos,) gnoseológica (inexistencia de especies intermedias entre el objeto y el sujeto cognoscente) y lógica, proposiciones que se suponen, resultan evidentes por si mismas.<sup>10</sup>»

El Principio de Inmediación, tiene por objeto que sea el Juez quien tenga el mayor contacto posible con todos los elementos probatorios, puesto que en definitiva es él, el que resolverá la cuestión debatida, o en el caso de lo no contencioso, quién concederá la petición de los particulares.

El artículo 12 de la ley 19.968 dispone las directrices en las cuales este principio debe entenderse “las audiencias y las diligencias de prueba se realizaran siempre con la presencia del juez, quedando prohibida, bajo sanción de nulidad la delegación de funciones. El juez formara su convicción sobre la base de las alegaciones y pruebas que personalmente haya recibido”

Este principio para que posea una real aplicación, no puede darse de manera separada, puesto que exige para poder ser tal, de la presencia y plena vigencia de otros principios integradores como son la oralidad, concentración, única instancia, e identidad física del juez.

En nuestro ordenamiento jurídico este principio no es extraño, si bien es cierto, prima el principio de mediación, contrapartida de la inmediación, se encuentran normas como el artículo 724 del código de procedimiento civil que dispone a propósito del juicio de mínima cuantía “ La prueba se apreciara en la forma ordinaria. Pero podrá el tribunal en casos calificados estimarla conforme a conciencia, y según la impresión que le haya merecido la conducta de las partes durante el juicio y la buena o mala fe con que hayan litigado en él.”

Este principio no es extraño a nuestra legislación, muchas veces se dejó de lado por parte de los magistrados, quienes descansaron en los subalternos judiciales que muchas veces realizaron labores propias de la judicatura, como es el caso del llamado a conciliación llevado a efecto en muchos casos, por actuarios que desconocen los

---

<sup>10</sup>Gaceta jurídica. (Santiago, Chile) No. 295 (ene. 2005), Juan Agustín Castellón Munita, Los Principios Procésales \*----- pág. 34

mínimos procesales, que garantiza un buen proceso, y en consecuencia se tornan en pequeños jueces con mucho poder en contra de los litigantes.

Celebramos la sanción dispuesta en la ley 19.968 en su artículo 12, ya que tornaría en contraria a Derecho cualquier delegación de facultades por parte de los magistrados, bajo la sanción de anularse el acto procesal desarrollado.

### **2.2.2 Oralidad.**

El principio de oralidad se desarrolla en aquellos procesos en lo que predomina, es el uso de la palabra hablada por sobre la escritura, en nuestro país eran la excepción predominando el uso de escritos y formación de expedientes, según Alcalá Zamora Y Castillo “el régimen de escrituración conviene para la fijación del tema litigioso, y el de oralidad para su discusión<sup>11</sup>” El principio de oralidad, bajo cuya orientación se han llevado a cabo las grandes reformas procesales, no sólo implica el predominio del elemento verbal, sino también el prevalecimiento de los principios de inmediación, concentración y publicidad.

Este es sin duda alguna, el principio procesal más cercano a la población que posee el nuevo Procedimiento de Familia, se consagra en el artículo 10 “Todas las actuaciones procesales serán orales, salvo las excepciones expresamente contenidas en esta ley”<sup>12</sup>

El artículo 56 de la Ley 19.968 a propósito de la presentación de la demanda sostiene que “el proceso podrá comenzar por demanda oral o escrita”, situación que no es nueva en nuestros procesos civiles, el mismo principio existe en relación con el juicio sumario, el artículo 682 del código de procedimiento civil dispone “el procedimiento sumario será verbal; pero las partes podrán si quieren presentar

---

<sup>11</sup>Gaceta jurídica. (Santiago, Chile) No. 295 (ene. 2005), Juan Agustín Castellón Munita, “Los Principios Procesales” pág. 38

<sup>12</sup> Ob cit Pág. 38



minutas escritas en que se establezcan los hechos invocados y las peticiones que se formulen”.

Los que alguna vez hemos litigado en juicio sumario, sabemos que esta posibilidad rara vez se utiliza, y por lo general en la practica se acompaña demanda escrita con los requisitos propios que establece la ley, mismo criterio que se está comenzando a utilizar en los Tribunales de Familia

### **2.2.3 Publicidad.**

Ramiro Podetti, define la publicidad como “el sistema en la ley y en la practica procesal que hace posible que todos los actos del proceso, en cuanto no afecten la moral, el orden publico o el interés de los litigantes, pueden ser presenciados o conocidos por quienes deseen hacerlo”.

Algunos no la consideran un principio procesal, sino que una herramienta para favorecer otros principios como la inmediación y la oralidad<sup>13</sup>.

Nuestra opinión frente a este punto es contraria, toda vez que los principios antes citados se encuentran concadenados, a fin de que el sistema que los consagra y contiene, pueda desarrollarse en forma plena y no parcial, es cierto a su turno que ninguno pierde su naturaleza en cuanto principio, y respecto al contenido de principio procesal me remito a lo ya expuesto al abordar este capitulo.

Este principio, como es conocido, ha sido el predilecto de los nuevos procesos consagrados por el legislador en nuestro país, empero lo anterior, por nuestra propia cultura jurídica es menester entenderlo, a contrario sensu del principio de reserva. La actividad procesal como es sabido, es una función pública, en tal virtud constituye una garantía de su eficacia de los actos que la conforman, y que estos, se realicen en escenarios que permitan la presencia de quien lo deseen.

Este principio admite excepciones, las que van a depender menos del proceso y más de la naturaleza de la pretensión que se discute, situación que se aplica de

---

<sup>13</sup> Aravena A., Leonardo, “*Tribunales de Familia*” Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005 página 34

manera expresa en la adopción, y que será tratada in extenso al tratar del proceso de adopción.

#### **2.2.4 Protección a la intimidad**

Contrario al principio anterior, pero muy ligado a éste, nos encontramos con la intimidad la cual guarda relación no con las partes intervinientes en el proceso, sino que frente a los extraños o terceros que no tienen ninguna conexión con éste. El artículo 15 de la ley de tribunales de Familia dispone “el juez deberá velar durante todo el proceso por el respeto al derecho a la intimidad de las partes y especialmente de los niños, niñas o adolescentes”.

Con ese objetivo podrá prohibir la difusión de datos o imágenes referidas al proceso o a las partes, o disponer mediante resolución fundada, que todas o algunas de las actuaciones del procedimiento se realicen en forma reservada”.

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

Es de suma importancia este artículo, toda vez que por la manifestación de voluntad de los adoptantes, se puede volver a la regla general cual es la publicidad.

Estimamos, de gran acierto este artículo, puesto que un proceso en el que se vinculan niños dentro de un marco de una nueva filiación si fuese del todo público, podría impedir una correcta asimilación del menor con su nueva familia, y de la familia con su nuevo hijo.

#### **2.2.5 Contradicción**

Este principio no se encuentra enumerado en el título III, empero, es propio de todo proceso judicial, donde existen intereses contrapuestos, y es de vital importancia para nuestro tema a propósito de la declaración de susceptibilidad de adopción, o procedimientos previos a la adopción, cuya naturaleza procesal contenciosa.

Este principio se expresa en la fórmula "óigase a la otra parte" (audiatur et altera pars), impone al juzgador el deber de resolver sobre las exposiciones que le formule cualquiera de las partes, oyendo previamente las razones de la contraparte, o, al menos, dándole la oportunidad para que las exprese. El título II de la Ley 19.620. Contempla "Los procedimientos previos a la adopción", cuya naturaleza jurídica, como ya se ha sostenido es contenciosa. La importancia de este principio, se vincula con el acceso que las partes deben tener a una correcta asesoría y a la igualdad que debe prevalecer ante el magistrado y que es deber de éste resguardar.

Por el contrario el proceso de adopción es no contencioso como se desprende del Artículo 23 inciso segundo "La adopción se tramitará en un procedimiento no contencioso, en el que no será admisible oposición. Las cuestiones que se susciten se substanciarán en cuaderno separado".

#### **2.2.6 Preclusión**

Este principio no se encuentra enumerado dentro de la ley 19.968, sin embargo en forma indirecta se menciona en una serie de disposiciones legales. La preclusión se define, según Couture, "como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal". Este principio tiene su razón de ser en la acotación, al máximo de los procesos judiciales.

Esta puede resultar de tres situaciones diferentes:

"a) por no haber observado el orden u oportunidad dado por la ley para la realización de un acto;

Un ejemplo de esta situación, es el contemplado por la ley 19.620 en su Artículo 9º .- "Tratándose de los menores a que se refiere la letra a) del artículo anterior, a más tardar dentro de los diez días siguientes a la declaración de voluntad de los padres o del padre o madre compareciente, el juez decretará una o más de las siguientes medidas, según corresponda:

1. Si sólo hubiere comparecido uno de los padres, ordenará que se cite personalmente al otro padre o madre para que concurra al tribunal, bajo apercibimiento de presumirse su voluntad de entregar al menor en adopción. La citación se reiterará por una vez en caso de no concurrencia, pero los plazos que se contemplan para las citaciones, en su

conjunto, no podrán exceder de sesenta días contados desde la declaración que da inicio a este procedimiento. Vencido este término o habiéndose negado a concurrir al tribunal el padre o madre citado, será suficiente la sola declaración del compareciente”

El citado artículo, con el propósito de no detener el procedimiento previo a la adopción, dispone que frente a la inactividad del o los padres, del niño, niña o adolescente en un plazo determinado en la ley, trae como resultado que frente su inactividad acarree como resultado una presunción de Derecho, de su asentimiento frente a la intención, de poner al niño dentro de los registros que lleva SENAME, a fin que éste sea adoptado.

Este artículo es claro ejemplo, de la preclusión, ya que los padres solo tienen una oportunidad para hacer sentir su asentimiento o desaprobación, y no otra lo que permite que se desarrolle un proceso, en orden y de acuerdo a la certeza jurídica, propia de nuestro ordenamiento jurídico.

- a) por haberse cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra;
- b) por haberse ejercido ya una vez, válidamente, esa facultad (consumación propiamente dicha)".

Una vez que los padres o el padre que concurre con su consentimiento ante el juez, y manifesté afirmativamente, su intención de entregar en adopción a su hijo, este solo tiene un plazo de retractación, del cual cuando este se encuentre vencido, no podrá retractarse sino dentro de ése plazo. O en la aportación a la prueba dentro de los términos y oportunidades que establece el legislador

### **2.2.7 Concentración.**

Se encuentra consagrado en el artículo 11 de la ley 19.968, y dispone la ley, “Que el procedimiento se desarrollara en audiencias continuas y podrá prolongarse en sesiones sucesivas, hasta su conclusión. No obstante el tribunal podrá suspender el desarrollo de la audiencia hasta por dos veces solamente por razones de absoluta necesidad y por el tiempo mínimo necesario de acuerdo”. Este principio impone a las

partes el deber de presentar en forma simultánea y no sucesiva, todas las acciones y excepciones, las alegaciones y pruebas que correspondan a un acto o etapa procesal, independientemente de que sean o no compatibles, y aún cuando si se estima fundado alguno de los puntos que se haga innecesario el estudio de los demás. Este principio rige tanto para las acciones como para las excepciones.

En el nuevo proceso de Familia por ejemplo, se refleja en el artículo 58 inciso final a propósito de la Demanda Reconvencional sostiene “La Reconvención continuara su tramitación conjuntamente con la cuestión principal” a su turno el artículo 63 del mismo cuerpo legal sostiene “ la audiencia se llevara a efecto en un solo acto”, este ejemplo se trae a la vista, por ser la regla general y como deben ser las audiencias de juicio y de la manera como en forma concentrada se den desarrollar.

### **2.2.8 Economía Procesal**

Según Pallares Portillo “el proceso ha de desarrollarse con el menor consumo o mayor reserva de tiempo, energías y costos, de acuerdo a las circunstancias de de cada caso”.

El artículo 25 dispone entre otras situaciones, que solo podrá declararse la nulidad procesal cuando se invoque un vicio que arroje un efectivo perjuicio a quien solicitare la declaración.

Estimamos que el criterio del legislador en restringir de esta manera la nulidad procesal, tan usada por algunos letrados con el único objeto de dilatar los procesos es acertada y consagra de manera efectiva el principio en comento y trata de lograr en el proceso los mayores resultados posibles, con el menor empleo de actividades, recursos y tiempo.

Exige, entre otras cosas, que se simplifiquen los procedimientos; se delimite con precisión el litigio; sólo se admitan y practiquen pruebas que sean pertinentes y relevantes para la decisión de la causa; que se declaren aquellos recursos e incidentes que sean notoriamente improcedentes, etcétera.

### **2.2.9 Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído.**

Este es sin duda el principio rector en todo ámbito donde se encuentre un niño, niña o adolescente involucrado, a su vez en la ley de adopción se traduce en el hecho, que la ley de Adopción consagra la protección integral del adoptado, y del fin que persigue la adopción cual es proporcionar una familia a un niño carente de ella, y no un niño para una familia, lo que lo hace ser de indudable importancia, al momento de sopesar los intereses de las partes en el proceso. Este principio se consagra en el artículo 16 de la ley 19.968 “interés superior del niño niña o adolescente y derecho a ser oído” este artículo consagra al niño niña o adolescente como un sujeto de derecho, del cual se desprenden derechos por su sola condición de tal, y que es deber del juez tenerlo en mente al momento de dictar sentencia, toda vez que es el gran parámetro que posee el magistrado, y no solo parámetro que delimita sus facultades en orden a prevalecer los intereses legítimos del niño, sino que además, un mandato constitucional, puesto que la fuente de este principio es la Convención de los Derechos del Niño, firmada y ratificada por Chile, y vinculándolo con el precepto constitucional del artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República, el cual manifiesta como limitantes de la soberanía, el respeto a los derechos fundamentales.

### **3. PRINCIPIOS SUSTANTIVOS FORMADORES DE LA ADOPCIÓN.**

Además de los principios procesales, la adopción también se forma con principios que no atienden al desenvolvimiento del proceso, sino más bien a derechos que emana de la naturaleza, en cuanto sujetos, tales derechos poseen una importancia intrínseca en el desarrollo de la Adopción y en la vida del adoptado, toda vez que escapan con creces al tiempo en el que se desarrolla la adopción y sus efectos jurídicos, sin embargo por su importancia resaltan la subsidiariedad, y el gran tema de la identidad ¿quién soy?, ¿De dónde vengo?, son preguntas que sin duda alguna en más de alguna ocasión nos hemos planteado, y la respuesta es clara al ver a nuestros padres pero en el caso de los adoptados dicha respuesta, tiene una coyuntura especial, puesto que su

identidad biológica no es tan asequible como para el resto de los niños o personas en general, es pues por eso que estimamos de importancia tratar el tema de la identidad en el marco de la adopción.

### **3.1 Principio de subsidiariedad**

El principio de la subsidiariedad, es el principio más importante, relativo al estatuto de adopción propiamente tal.

De su nombre podemos ya apreciar, aproximaciones de su significado. La palabra subsidiariedad tiene su origen etimológico en el latín subsidiaris “que se da o se manda en socorro o subsidio de uno”, aplicada a la acción o responsabilidad que suple o robustece a otra principal”.

Esto es que se manifiesta bajo, el presupuesto de una situación principal

La subsidiariedad en la adopción se manifiesta en que, es la filiación natural el estado normal y de máxima protección por el ordenamiento jurídico, y la filiación adoptiva sólo procede, en carácter supletorio, de segundo orden, para cuando, no existe otro remedio.

Mediante este principio se vislumbra, que es la familia de origen (biológica) la llamada a cobijar al menor y a procurarle los cuidados y crianzas que éste necesita. Y se manifiesta en forma absoluta, expresando que las dificultades de carácter económico no ameritan, que el menor se separe de su familia de origen. La excepción de este estado natural de las cosas, la constituye la adopción, la que, sólo procede en casos puntuales, en los que por la naturaleza de las circunstancias y en aras de proteger el interés superior del menor, se debe buscar una familia de acogida para el menor desamparado.

Este principio obliga al legislador y al juez encargado de constituir la adopción, a agotar todos los recursos tendientes a permitir la mantención del menor en su familia de origen.

Orienta asimismo en los casos límite, para poder diferenciar si es una adopción la que procede u otra medida de protección.

La adopción como estatuto, cumple plenamente un carácter subsidiario en el régimen de filiación y orienta este carácter por la carga valórica de nuestra sociedad, que le asigna a la familia biológica un carácter sustantivo que sólo puede ser vulnerado en casos de última ratio.

La Constitución Política de 1980, contempla en sus artículos N° 1 inciso 2° y 19 N° 10, inciso 3°, como principio constitucional, el derecho de los padres de origen a cuidar, criar y educar a sus hijos:

La Convención de los Derechos del Niño, acoge expresamente el principio de subsidiaridad, en los artículos N° 7°, 8°, 9°, 18° y 21°, expresando que los padres tiene el derecho y deber preferente de educar a sus hijos:

La ley N° 19.620, también acogió, expresamente el principio de subsidiaridad, en sus artículos 1°, 7°, 9 inciso 2°, 12 N° 2 inciso 2°, 15 inciso 3°, expresando que la adopción, sólo procede, cuando los cuidados tendientes a satisfacer las necesidades del niño, no puedan ser brindados por su familia de origen.

### **3.2 Derecho del menor de conocer su identidad biológica.**

La adopción implica, la existencia de padres adoptivos y biológicos o progenitores que pertenecen a la denominada familia de origen, según la nomenclatura de la Ley N° 19.620 (artículo 7°, inciso final). Desde la cultura local, que aún entiende la adopción como una imitación de la naturaleza, apoyada por algunos resabios legales, el niño nunca llega a enterarse del proceso de adopción de que fue objeto, por ende, usualmente no conoce a sus progenitores, ni se interesa por investigar su raíz biológica. Lo anterior, sumado a la corta tradición de adopción que tiene nuestro país, al igual que toda Sudamérica, explica que la discusión sobre el derecho del niño a conocer su origen biológico, cultural y étnico, este aún escasamente desarrollado. El derecho del adoptado a conocer sus progenitores, emana de un principio de corte general, denominado derecho a la identidad, que está integrado por diversos aspectos, pero que en definitiva tiene por objetivo identificar a un individuo y distinguirlo de los demás en base a criterios biológicos, culturales, territoriales, etc.



La identidad se define como “el conjunto de datos biológicos, de atributos y características que, dentro de la igualdad del género humano, permite distinguir indudablemente a una persona de todas las demás”

La institución de la adopción, por su naturaleza, manifestada como una decisión judicial de última ratio, para aquellos niños que no tienen una familia de origen que atiendan adecuadamente sus necesidades materiales y espirituales, la mayor de las veces atenta contra la identidad del individuo, entregándole una nueva estructura familiar, nuevos orígenes, y costumbres distintas. De modo tal, que existen dos bienes jurídicos que merecen protección y ninguno que predomina claramente, sino que por el contrario deben conjugarse en armonía, de modo tal que el derecho del niño a gozar de una familia que le satisfaga sus carencias, debe impetrarse en equilibrio con el derecho de todo ser humano a conocer a sus progenitores.

Se manifiesta aquí una dicotomía muy típica en el derecho de familia donde el legislador, usualmente, evita inclinar su decisión a favor de algunos de los valores comprometidos (el secreto de la adopción y el derecho a la identidad) y por lo cual asumen real importancia, como fuente supletoria de derecho, los principios que informan la materia, para efectos de interpretar, resolver y garantizar la protección de los derechos del niño.

## CAPITULO SEGUNDO

### PROCEDIMIENTOS PREVIOS A LA ADOPCIÓN

#### 1. GENERALIDADES

Sin duda uno de los grandes avances, que apporto la ley 19.620 en materia de adopción fue sistematizar en dos etapas distintas entre si, el gran de tema de la adopción, consagrando en una primera etapa el tema de la susceptibilidad, y en otro el de la adopción propiamente tal.

El primero viene en reemplazar el antiguo cuidado personal para adoptivo que consagraba la ley 18.703, lo que se traducía en que el futuro adoptante debía mantener al niño bajo su cuidado, con el propósito de observar, si se producía entre ambos la adaptación necesaria que resultase en un afecto real y estable, se exigía además, que este acogimiento preadoptivo fuera de seis meses, para la adopción simple, y de un año para la adopción plena.

Es fácil, darse cuenta de lo inapropiado de este procedimiento, ya que en primer lugar durante todo este periodo, el padre o madre biológico podía retractarse, situación que fue salvada con plazos legales y acotados consagrados para estos efectos en la Ley 19.620.

De lo anterior y producto de las graves criticas que se plantearon al procedimiento recién comentado, es que con el objeto de proteger al niño y de resguardar a los adoptantes, se fija este nuevo procedimiento previo, esencialmente contencioso, independiente del proceso de adopción mismo, en el cual el juez de Familia con la modificación de la ley 19.968 (antes el juez de menores del domicilio del niño),deberá determinar si el niño se encuentra en condiciones de ser adoptado, vale decir, si reúne todos los requisitos que establece la ley, es decir, mediante una resolución del juez de familia que declare que el niño, es susceptible de ser adoptado.

## 2. CONCEPTO

Es un procedimiento por esencia contencioso, destinado a declarar mediante sentencia judicial, si un niño, niña o adolescente, es susceptible de ser declarado en condición de ser adoptado.”

De la definición recién esbozada, se puede colegir que estamos en presencia de un proceso, vale decir, una serie de actos jurídicos procesales, consecuentemente unidos entre sí, que ponen en conocimiento del magistrado competente, un asunto respecto del cual, éste declarará conforme a Derecho sobre la petición de los solicitantes.

Junto con ser un proceso, es por esencia contencioso, y esto se traduce, en la existencia de contienda o contradicción, esto es que frente a la voluntad de uno o ambos padres de entregar al niño en adopción, ésta voluntad sea objeto de contradicción, por parte de los legitimados activos a fin de oponerse a la intención de entregar al Niño en adopción. El hecho que el padre o la madre puedan retractarse de su intención de entregar a su hijo en adopción, es un elemento de la naturaleza del procedimiento, mas no de su esencia, la cual radica en la contradictoriedad que no existe en el proceso de adopción propiamente tal,

La retractación se encuentra consagrada en la ley de Adopción en el nuevo artículo 9, modificado por la ley 19.968, el que consagra “tratándose de alguno de los menores a que se refiere la letra a) del artículo anterior, el padre o la madre que haya expresado su voluntad de entregarlos en adopción de conformidad al artículo 56, o ambos si fuere el caso, tendrá un plazo de treinta días para retractarse, contados desde la fecha en que hayan declarado esa voluntad ante el tribunal. Vencido este plazo no podrán ejercitar tal derecho”.

Lo recién comentado, es impensable en el proceso de adopción propiamente tal, éste plazo de retractación solo se contempla en los procedimientos previos, y en parte es una respuesta del legislador, a la poca certeza en que se encontraban los futuros adoptantes frente a la facultad de retractación, prácticamente permanente que existía durante la vigencia de la Ley 18.703, que para efectos de la antigua adopción plena, era de un año. Año en el cual la incertidumbre, daba pie, a

incubar una serie de ilegalidades como por ejemplo, la extorsión para no ejercer este derecho por los padres del futuro adoptado.

Además de lo anterior, la naturaleza contenciosa de este procedimiento se traduce en una serie de notificaciones que deben de practicarse, las cuales serán estudiadas con detalle al tratar el tema de los aspectos procesales de los procedimientos previos a la adopción.

### **3. PROCEDIMIENTOS PREVIOS**

#### **3.1. Procedimiento contemplado en el artículo 9.**

Este procedimiento se aplica en el caso que los padres no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de su hijo, y que expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el juez de familia competente.

##### **3.1.1. Inicio**

Este procedimiento se inicia con la manifestación de voluntad de uno, o ambos padres del niño o niña, ante el juez de familia competente, dicha manifestación de voluntad debe versar sobre entregar a su hijo en adopción, realizada dicha manifestación, se inicia el procedimiento, ante lo cual el juez de familia de inmediato ha de requerir los informes que estime necesarios para acreditar fehacientemente la situación de los padres, y que éstos no se encuentran capacitados, o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de su hijo, y que hayan expresado su voluntad de entregarlo en adopción en conformidad al artículo 56, dicho artículo de manera alguna debe entenderse como una referencia a la misma ley de adopción, sino que se remite al artículo 56 de la ley 19.968, artículo que trata de la presentación de la Demanda; se llega a esta conclusión, después de entender que la redacción misma de la norma daría pie a deducir que se trata de la propia ley de adopción, situación imposible ya que no cuenta con un artículo 56, siendo en consecuencia plausible en atención al tenor de lo regulado, que se refiera a la ley 19.968, es así como también lo entiende el profesor Carlos López Días, sin duda, estamos de acuerdo con este autor, en la mala redacción de esta remisión

normativa, ya que debe entenderse dentro de un contexto, para poder llegar a determinar a que norma hace referencia la ley, ahora bien, en nuestra opinión, es poco feliz dicha remisión, puesto que el beneficio es mínimo , y solo hubiese bastado con precisar la obligatoriedad de la presentación escrita .

### **3.1.2 Trámites que se deben efectuar por el Juez de Familia.**

La sola manifestación de voluntad a la cual hicimos referencia, en la letra anterior por uno solo de los padres, no hace que el niño sea declarado ipso iure, en estado de susceptibilidad, a fin de proteger los derechos del padre no compareciente, la ley ordena que éste sea citado personalmente a la audiencia preparatoria, bajo apercibimiento de que su inasistencia hará presumir su voluntad de entregar a su hijo en adopción, acá cabe precisar que el legitimado activo es el padre o madre legal, esto es quien reconoció como suyo el hijo que se esta entregando en adopción, independiente si esta declaración fue voluntaria o forzada, siendo en consecuencia, improcedente el buscar al padre biológico, de un niño de filiación paterna no determinada, aunque exista certeza de su identidad y paradero.

La citación se practicara notificando personalmente al padre no compareciente, si éste tiene domicilio conocido. De lo contrario al proveer la solicitud, el tribunal requerirá al Servicio Electoral y al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informen, dentro de quinto día, el último domicilio de dicha persona que conste en sus registros, dicho plazo es fatal y en consecuencia el tribunal, al sexto día debiese de notificar por avisos, empero, el plazo es tan reducido que los magistrados han optado por esperar hasta meses la respuesta de los servicios aludidos, situación que no se ajusta al espíritu de la ley, el cual es acelerar los tramites legales a fin de obtener la susceptibilidad del niño niña o adolescente, tan pronto sea posible, respetando la legalidad vigente.

La notificación a la que hacíamos alusión, se realiza por medio de avisos que se publican en el Diario Oficial, los días 1 o 15 de cada mes, esta mención a esta especie de notificación por avisos, en nuestra opinión, es del todo acertada por el legislador, puesto que garantiza a través de una ficción legal, el conocimiento del proceso

de susceptibilidad del niño, no retrazando en mas tiempo un proceso que resulta apremiante por las dramáticas circunstancias en las que se encuentran los niños objetos de estos procedimientos, sin perjuicio de lo acertada de la medida, estimamos que frente a la realidad social que existe en la mayoría de los casos, los padres del niño objeto de un procedimiento de esta naturaleza, son de escasísimos recursos, con lo que en un principio resultaría una ficción del conocimiento que efectivamente se tiene sobre el inicio del proceso, y las consecuencias de éste, es pues por ello, que en nuestra opinión junto con los avisos del diario oficial en forma simultanea, se debieran publicar avisos, en diarios de circulación masiva en el ultimo domicilio conocido del padre, que no a comparecido a fin de resguardar de manera efectiva sus derechos en la crianza y cuidado personal de su hijo.

### **3.1.3 Situaciones que se pueden dar en la audiencia preparatoria**

#### **3.1.3.1. Primer caso el padre no compareciente se allana o no asiste.**

Este caso se aplica además si el padre estuviese fallecido o imposibilitado de manifestar su voluntad, para este efecto bastara la declaración del otro, es de suma importancia esta referencia, ya que existe una intención por parte del legislador de acelerar los tramites concernientes a determinar la voluntad del padre o madre, incapaz de manifestar su voluntad, y para estos efectos, la sola manifestación de voluntad de uno de los padres, hacen presumible la voluntad afirmativa del otro.

Ahora bien, si el padre o madre puede manifestar su voluntad, y no deduce oposición, el tribunal resolverá sobre la susceptibilidad, en la audiencia preparatoria, en tanto se cuente con la rendición del informe emitido por el servicio pertinente, el que versara sobre la situación de los padres, y al cual por su tremenda importancia haremos una referencia a su historia y desarrollo legislativo.

La ley de adopción consagra la obligación para el juez, de requerir los informes en forma inmediata una vez que reciba la presentación de los padres, en la antigua redacción de la ley 19.620 se establecía un plazo para que se evacuen. Dicho

termino como máximo debía ser de treinta días, y una vez transcurrido este plazo el juez podía prescindir de los informes.

Esta facultad de prescindir de los informes, que no obstaba, por cierto, a que pudiese ser revocada la declaración de susceptibilidad, también tenía por objetivo evitar que el procedimiento se dilatase en forma indefinida, y quedaba entregada a la apreciación del tribunal, ya que él podía estimar que los informes solicitados y no evacuados eran necesarios para resolver la solicitud.

En el primer trámite constitucional de la ley 19.620, la comisión fue partidaria, de establecer que los informes fueran un trámite obligatorio dentro del plazo de hasta treinta días para evacuar los informes del SENAME. Cuando se tratase de gestiones que no son patrocinadas por el SENAME o por alguno de los organismos acreditados ante éste, se entendió que debiese ser obligatoria su presentación puesto que es de absoluta conveniencia que durante este procedimiento se conociese esa opinión especializada.

En cuanto al plazo que tenía el juez para decidir sobre esta materia, la comisión se pronunció por mantener los treinta días contados desde que se recibe el último informe solicitado.

Después de un pormenorizado análisis, concluimos que la regla general era útil en cuanto refuerza la obligación de fallar oportunamente, pero el legislador prefirió limitar este efecto en aquellas gestiones efectuadas con un respaldo institucional, esto es las patrocinadas por el SENAME, o por alguno de los organismos acreditados ante él, a su turno, se precisó que el hecho de entenderse comprobadas las circunstancias expresadas por los padres al expresar su voluntad de entregar al niño en adopción, constara en una certificación del secretario del tribunal, expedida a la solicitud del interesado.

En esta línea de razonamiento se estimó que debe ponerse en conocimiento del SENAME la certificación anterior, o la resolución del tribunal que declara al niño en estado de ser adoptado, para los efectos de incluir al niño en el registro de quienes pueden ser adoptados, .

La resolución , o en su caso, la correspondiente certificación del tribunal, tienen gran importancia en atención a que la disposición en análisis, se basa en la decisión de los padres de entregar al niño en adopción, por estimar que son incapaces de brindarles el

cuidado necesario y con la ratificación del padre compareciente, verificando que hayan transcurridos los plazos de retractación, esto es, de 30 días corridos,( se hace referencia al antiguo plazo que establecía la ley).

Hoy la situación es muy distinta, con las modificaciones que apporto la ley 19.968. los informes que se evacuen y rindan al respecto, deberán solicitarse a alguno de los organismos a que se refiere el artículo 6º(esto es los organismos acreditados ante SENAME), pudiendo el tribunal estimar suficientemente acreditadas dichas circunstancias sobre su solo mérito. Acá vemos una diferencia importante, el tribunal podrá omitir estos informes y decidir respecto de los padres, por su solo mérito, no olvidemos que las audiencias son orales y el juez tiene un contacto directo con los intervienees. Que mejor informe que la convicción que pueda formarse el juez, en un contacto directo con el padre o padres biológicos del futuro adoptado.

Como novedad esta facultad se encuentra de manera expresa en la ley, ya que de su redacción se deja ver que es facultativo del magistrado, solicitar dichos informes, a su turno en el evento que estos hayan sido patrocinados por alguna institución y se haya acompañado dicho informe Se entenderán comprobadas la circunstancias de los padres con tal informe, y en tal sentido se presentará en la audiencia por los organismos patrocinadores aludidos en el artículo 6º tanto que patrocinan al padre o madre compareciente.

Si no se dedujere oposición y se contare con los antecedentes de prueba suficientes para formar convicción, el tribunal dictará sentencia en la audiencia preparatoria, respecto de la susceptibilidad del niño niña o adolescente, una vez que terminan los plazos para poder retractarse, por los padres biológicos, cabe precisar en consecuencia, ¿desde cuando se comienzan a contar los plazos de retractación, desde que se realizo la manifestación de voluntad, o desde que se requiere la ratificación, o confirmación de voluntad? Situación que no es menor, si ponderamos que de esto depende por una parte, el ejercicio legítimo de un derecho, y por otro dar certeza a una situación en extremo delicada como es la filiación de un niño.

Nuestra opinión al respecto, es que los plazos se cuentan desde la información de término de los plazos de retractación, la que se realiza en la audiencia preparatoria y no desde la manifestación de voluntad. A pesar que la norma indica en



forma imperativa que los plazos se cuentan desde la declaración de voluntad, no es menos cierto, que los padres tienen un derecho a ejercer esta retractación, el cual únicamente podrá ser ejercido, en el evento de tener certeza de que plazo tienen para poder ejercerlo, sino se llegaría al absurdo, en el evento de no realizarse la audiencia preparatoria en el plazo que ordena la ley, situación que por lo demás no es extraña, de informárseles a los padres comparecientes, que su derecho se contaba desde que manifestaron su voluntad de retractarse, y que en consecuencia dicho plazo prescribió y en consecuencia no podrá ser ejercido en la audiencia; llegar a esta conclusión es del todo absurdo. Es pues por esto que sostenemos nuestra postura en el sentido que el plazo se cuenta desde que fueron informados los padres comparecientes, del plazo que tienen para retractarse, y de las consecuencias jurídicas que esto conlleva, sería impensable en nuestra postura hacer aplicable lo dispuesto por el código civil en cuanto a que la ley se presume conocida por todos, toda vez que más que una presunción es una ficción, que no es dable de aplicar en temas de filiación por lo delicado del tema.

### **3.1.3.2. Caso del padre que asiste y se opone**

En este punto surge en toda su magnitud, la naturaleza contenciosa de este procedimiento, al cual hicimos referencia al tratar acerca de su concepto.

Esta es una facultad que tiene el padre que no manifestó su voluntad de entregar al niño en adopción, de poder oponerse, esto se traduce en la citación a la audiencia preparatoria, en donde podrá acreditar sus fundamentos de oposición, a su turno el juez de familia, deberá resolver en la audiencia de juicio acerca de la susceptibilidad de ser adoptado el niño, estimamos que como fundamento, siempre debe alegarse el interés superior del niño, y no el derecho de los padres de criar a los hijos, toda vez, que para que se haya producido por parte de uno de los padres la intención de poner al hijo común en adopción por lo menos, los motivos deben ser de gran peso, y en consecuencia hacer plausible que el niño ingrese a una nueva familia. Dictada la resolución, el magistrado en lo posible notificara en la misma audiencia a los padres comparecientes, y en su defecto serán notificados por cedula, acerca de los efectos de la

sentencia ahondaremos con detenimiento al tratar los efectos de la declaración de susceptibilidad.

### **3.1.3.3 Procedimiento previo al nacimiento de un niño, en el que su madre manifestó su voluntad de entregarlo en adopción (adopción prenatal)**

El procedimiento al que hemos hecho referencia en manera extensa en el punto anterior, es dable también de ser aplicado con anterioridad al nacimiento del hijo, empero, debe presentar una serie de características a fin de evitar practicas inmorales, como es el vientre de alquiler o arriendo.

Para este efecto, el procedimiento solo se iniciara cuando sea patrocinado por el Servicio Nacional de Menores, o un organismo acreditado ante éste. Y en tal caso, se efectuarán los trámites correspondientes a los cuales ya nos remitimos, quedando solo pendiente la ratificación por parte de la madre. Se ha criticado mucho esta disposición<sup>14</sup>, y fue objeto de un hondo debate en su elaboración legislativa, ya que este artículo corresponde a una indicación del ejecutivo, que versa sobre el fin de evitar la dramática cifra de abortos que presenta Chile, entregando una salida alternativa a aquellas madres, que no pueden hacerse cargo de su hijo.

La principal crítica que se presento a esta indicación, es primero que la madre se sienta presionada por el organismo que la acoja, de entregar al hijo en adopción. Y segundo, por el vínculo que se forma entre la madre y el niño en el momento de la lactancia y apego que se da entre ambos, es por ello que la retractación es posterior al nacimiento del hijo, y en protección de aquel y de su madre, se ordena, que de no haber sido la solicitud patrocinada por los organismos del artículo 6, el tribunal remitirá los antecedentes al Servicio Nacional de Menores, suspendiendo la tramitación de la solicitud hasta que este se haga parte en el proceso.

---

<sup>14</sup> El artículo 4º, letra c N° 4, de la Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, “Una adopción se llevará dentro del ámbito de aplicación de la convención, cuando se aseguren, las autoridades competentes- que el consentimiento de la madre, sea otorgado después de él nacimiento del niño”, Siendo en consecuencia contrario a los establecido en el artículo 10 de la ley.

El plazo de retractación se cuenta desde el nacimiento del bebe, y es de treinta días.

La ratificación se practica ante el tribunal de familia competente, que en este caso será el del domicilio de la madre, lugar en donde confirmará su voluntad de entregar en adopción al niño.

Esta ratificación de voluntad no podrá ser objeto de apremios a fin de ser obtenida. Si esta no se hiciere, se tendrá a la madre por desistida de su decisión. Acá encontramos una excepción a la presunción de entregar al niño en adopción, ya que es mas factible que la madre, no asista, que declinar de su primera decisión ante un Juez, lo anterior motivado por las posibles presiones que la hagan mantener su decisión.

Con todo, existe una contra excepción, que es el caso en que la madre falleciere antes de ratificar, para estos efectos será suficiente su sola manifestación de voluntad de dar al niño en adopción, la cual deberá constar en el registro de audio. Esto se entiende en parte, por la profunda soledad en que se encuentran las madres que optan por esta vía. Al fallecer junto con ser engorroso el trámite de búsqueda de un familiar, habrá que determinar si estos desean hacerse cargo del niño, lo que iría en contra del interés superior de éste, por lo que concordamos con esta norma.

Ratificada por la madre su voluntad, el juez citará a la audiencia de juicio para dentro de los cinco días siguientes. A su turno, es perfectamente valido, que al no ser el niño, reconocido por el padre, el niño se declare susceptible de ser adoptado en la misma audiencia preparatoria.

#### **4. DECLARACIÓN DE SUSCEPTIBILIDAD REALIZADA POR LOS TRIBUNALES DE FAMILIA.**

Es menester hacer la salvedad que son hoy los tribunales de familia, quienes dictan la resolución que declara a un niño susceptible de ser adoptado, con anterioridad a la existencia de estos tribunales, los tribunales de menores eran los encargados de dictar y conocer este procedimiento.

Una vez realizada la salvedad, cabe señalar que este procedimiento, se encarga de regular las situaciones en las cuales deben encontrarse el padre, la madre, o las personas a quienes se haya confiado el cuidado del niño, en relación con este.

Para que sea procedente la declaración de susceptibilidad, es menester que el padre, madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado, se encuentren en una o más de las siguientes situaciones :

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

Esto se refiere a una inhabilidad física o moral, que obstaculiza el desarrollo y cuidado del niño niña o adolescente, de ahí que el artículo 226 del código Civil, contemplado en la ley 19.585 sobre filiación, hace aplicable, lo sostenido a ambos padres, y habilita para confiar el cuidado personal de los hijos a otras personas competentes, a su vez esta disposición hay que entenderla a la luz de la ley 16.618 en su artículo 42.

2. No le proporcionen atención personal o económica durante el plazo de cuatro meses.

Si el niño tuviera una edad inferior a un año, este plazo será de treinta días. Si el niño tuviere una edad inferior a dos años, este plazo será de tres meses, y si fuere menor de seis meses, de cuarenta y cinco días.

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

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

Los casos de abandono del niño en la vía pública, en lugar solitario o en un recinto hospitalario, se entenderán comprendidos dentro de la causal de este número. En dichos casos se presumirá el ánimo de entregar al niño en adopción por la sola circunstancia de abandono. Se presume este ánimo de abandono cuando la manutención del niño se encuentra a cargo de una institución o de un tercero, y que dicha manutención, no

obedezca a una causa justificada, que la haga más conveniente para los intereses del niño, que el ejercicio del cuidado personal realizado por el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado. Se presume este ánimo de abandono cuando la manutención del niño, se encuentre a cargo de una institución o un tercero, asimismo, cuando dichas personas no visiten al niño, por lo menos una vez, durante cada uno de los plazos señalados en el número precedente, salvo causa justificada. Para este efecto, las visitas quedarán registradas en la institución.

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

#### **4.1. Inicio.**

Este procedimiento puede iniciarse de oficio por el magistrado de familia competente, en atención al interés superior del niño, a su vez puede ser iniciado por instituciones públicas o privadas, en este caso deberá la petición, (no se ordena de manera expresa en la ley, sin embargo, es aconsejable que dicha petición se ajuste a lo dispuesto en el artículo 56 de la ley de tribunales de familia en cuanto a los requisitos de la demanda) ser firmada por el director de la institución que tenga a su cargo el niño.

Ahora bien si es persona natural, ésta deberá entregar junto con la solicitud de susceptibilidad del niño, el certificado de idoneidad entregado por el SENAME o uno de los organismos acreditados para ello, esto es de vital importancia ya que este certificado acredita que los solicitantes se encuentran habilitados como futuros padres adoptivos.

En el caso de los niños de filiación no determinada respecto de ninguno de sus padres, no se requerirá búsqueda de padre, madre, o parientes del niño, y en consecuencia solo podrá iniciar el procedimiento Servicio Nacional de Menores o el organismo acreditado ante éste, bajo cuyo cuidado se encuentren siendo en consecuencia el SENAME, el único legitimado para estos casos.

## 4.2 **Tramitación.**

Una vez realizada la solicitud, por él o los interesados, deberá el juez de familia, en forma breve, citar a los ascendientes y consanguíneos del niño, para una audiencia preparatoria.

Se echa de menos un plazo, ya que la ambigüedad de “en el mas breve plazo” hace fecundo un retraso en buscar ascendientes por vías de notificación personal, restando valioso tiempo al niño con su nueva familia. Este trámite tiene el carácter de obligatorio, en el caso de los niños de filiación determinada.

Las personas objeto de citación son:

1. Los padres del niño, respecto de los cuales procederá la citación personal, según lo ordena el artículo 13 de la ley, si embargo, se puede notificar de acuerdo al artículo 44 del CPC. Si se dan los presupuestos que establece este tipo de notificación, es decir, que no sea habido durante dos días distintos, siendo en consecuencia factible la realización de la notificación personal subsidiaria del artículo 44 del CPC. Esta citación tiene por objeto que los padres expongan en la audiencia preparatoria, lo que sea conveniente a los intereses de su hijo, esta audiencia se deberá llevar a efecto entre el décimo y el decimoquinto día posterior a la presentación de la solicitud.

2. Otros consanguíneos del niño hasta el tercer grado en la línea colateral, fue debatido en el proceso legislativo hasta que grado debiese citarse a los parientes del niño, algunos diputados como la señora Cristi eran partidarios de solo incluir hasta el segundo grado inclusive, empero, lo anterior, la opinión de la comisión, fue extender la citación hasta el tercer grado, considerando que hasta ese grado pudiese existir una intención de hacerse cargo del niño y no separarlo de su familia de origen.

A su vez el juez de familia puede citar si estima conveniente, al niño como consagración del derecho de este a ser oído, a las personas que tengan bajo su cuidado al niño, y a todos quienes pudieran aportar antecedentes y que hubieren sido nombrados en la solicitud presentada.

Esta citación tiene como fundamento, que estas personas expongan lo que sea conveniente para los intereses del niño, en atención a su interés superior, si existe motivo plausible suficiente, para poder oponerse a la declaración de susceptibilidad esta deberá indicarse en la audiencia respectiva.

En el caso de no tener domicilio conocido las personas recién indicadas, deberá el juez ordenar que el Servicio de Registro Civil e Identificación y el Registro Electoral, que informen el domicilio que aparezca en sus registros.

De no determinarse domicilio conocido, deberá el juez ordenar la notificación de éstos mediante la publicación de un aviso en el Diario Oficial, los días 1° ó 15 de cada mes.

La notificación de la audiencia de preparación, se realiza, bajo el apercibimiento de presumirse el consentimiento del notificado, y en consecuencia dar continuidad al procedimiento de susceptibilidad, teniendo una serie de consecuencias jurídicas. Tales como considerárseles rebeldes por el solo ministerio de la ley, y respecto de ellas las resoluciones surtirán efecto desde que se pronuncien en la audiencia respectiva.

Una vez notificadas las partes, el juez resolverá en la audiencia preparatoria acerca de la veracidad de los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la declaración de susceptibilidad de adopción del niño, en especial la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del niño en su familia de origen, y en caso contrario determinar las ventajas que la adopción representa para el cuidado de su desarrollo armónico e integral.

Los informes emitidos por SENAME o los organismos acreditados ante este, a los cuales ya hemos hecho referencia, se apreciarán en la audiencia preparatoria, pudiendo el tribunal estimar suficientemente acreditadas dichas circunstancias sobre su solo mérito.

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

## CAPÍTULO TERCERO

### PROCEDIMIENTO DE ADOPCION

#### 1. LOS ADOPTANTES

Ya hemos analizado en el capítulo anterior, quienes pueden ser adoptados y vimos los procedimientos necesarios para que se considere a un niño, niña o adolescente, susceptible de ser adoptado, o cuyos padres manifestaron su voluntad de entregarlo en adopción. Ahora es el turno de examinar la otra parte de este proceso, que son los adoptantes.

##### 1.1 Concepto

La ley de adopción no nos entrega ningún concepto de adoptante, sin embargo, nos da ciertas características de éste, que pueden posibilitar el esbozo de un concepto, entendiéndose al adoptante “como aquella o aquellas personas, que cumplen con los requisitos que ordena la ley, y que han sido calificados como idóneos para adoptar un niño, manifestando su voluntad de hacerlo, y de incorporarlo física, psicológica, emocional y legalmente, como hijo a su familia”.

De la definición recién esbozada, pueden colegirse una serie de características:

1. Pueden ser una o dos personas que soliciten la adopción, y esto por la posibilidad en Chile, que tienen los solteros de poder adoptar, es decir un matrimonio, que será un solicitante compuesto de dos personas, además puede ser una persona que puede ser un soltero, viudo o divorciado, que en cuyo caso se entenderá como un solicitante.



2. Que estos solicitantes cumplan con ciertos requisitos, ordenados por la ley, sobre la base de la edad, aptitud etc.
3. Que hayan sido evaluados mental, física, psicológica y moralmente por alguna de las instituciones acreditadas ante SENAME y ser considerados idóneos para adoptar un niño.
4. Que manifiesten su voluntad de adoptar un niño mediante una solicitud de constitución de adopción.

Este tema está tratado en la ley, en el título tercero “De la adopción”, dicho título se encuentra dividido en tres párrafos:

1. Párrafo Primero De la constitución de la adopción por personas residentes en Chile.
2. Párrafo Segundo De la competencia y el procedimiento de adopción
3. Párrafo Tercero De la constitución de la adopción por personas no residentes en Chile.

Analizaremos el tema de acuerdo al orden que plantea la ley

1. Constitución de la adopción por personas residentes en Chile

Antes de entrar de lleno en el tema, es necesario realizar una clasificación de la adopción atendiendo a la presencia o no de matrimonio:

1) Si existe matrimonio estamos en presencia de una adopción conyugal, que será la regla general, y frente a la cual se privilegiará por sobre otro tipo de adopciones como es el caso de los solteros, viudos o divorciados.

1) Si por el contrario no existe matrimonio, se está en presencia de una adopción individual, denominación que deriva del hecho que existe un solo solicitante.

## 2. ADOPCIÓN CONYUGAL

Es aquella en que los solicitantes se encuentran unidos por el vínculo del matrimonio, este es el único caso de adopción conjunta en Chile.

### 2.1. Requisitos:

1. Existencia de vínculo matrimonial no disuelto.

De acuerdo con este requisito el matrimonio debe ser válido y no estar disuelto, en este punto Hernán Corral sostiene que el matrimonio, debe cumplir con los derechos y deberes que importa la vida matrimonial, por lo que sería, improcedente la solicitud de adopción de un matrimonio separado de hecho, así mismo sostiene, que debe ser un matrimonio válido, un matrimonio declarado nulo no podría prosperar en su intento de adoptar un niño, puesto que carecería del elemento validez, y aunque tuviesen el cuidado pre adoptivo, si se declara la nulidad del matrimonio, estos no podrían adoptar al niño en forma conjunta<sup>15</sup>, Aunque nada obstaría que solicitaran la adopción de manera individual como solteros<sup>16</sup>.

Además, no podrá concederse la adopción a los cónyuges respecto de los cuales se haya declarado la separación judicial, mientras ésta subsista, siendo en consecuencia necesaria la reconciliación, la que deberá acreditarse conforme lo dispone la Ley de Matrimonio Civil

En suma, la familia debe estar sana y esto se deriva del hecho que se cumpla los deberes del matrimonio, y que son base para un sano ambiente de crecimiento y desarrollo integral del futuro adoptado

2. Que tengan dos o más años de matrimonio.

---

<sup>15</sup> CORRAL TALCIANI Hernán, *Adopción y Filiación Adoptiva*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2002, Pág. 197

<sup>16</sup> Opinión del autor

La ley junto con lo anterior exige, que los matrimonios que pretenden adoptar un niño, deben tener como mínimo 2 años de duración de vida matrimonial

Este requisito en opinión de Hernán Corral permite que la familia posea una consistencia mínima para ofrecer esperanza de constituir un hogar estable para el adoptado<sup>17</sup>, en nuestra opinión es laudable este requisito puesto que como se ha tratado a lo largo de esta memoria, debe primar el interés del niño carente de familia, y malamente una familia mal constituida pudiese solventar ese requisito de esencia en el desarrollo integral de un niño, junto con esto, este plazo permite al matrimonio intentar tener hijos en forma biológica, situación que si se presenta, no obstaría a que adopten un niño, pero con la convicción de saberse fértiles y capacitados para engendrar un niño, si por el contrario no existe esta convicción y lamentablemente se presenta el tema de la infertilidad, el juez prudencialmente podrá no hacer exigible el mínimo de años de duración del matrimonio, cuando uno o ambos cónyuges estén afectados de infertilidad, esta constatación se puede realizar por cualquier medio idóneo, es decir, certificado del medico tratante u otro medio probatorio que resulte pertinente.

### 3. Residencia permanente en el país

El Artículo 20, sostiene que podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el Chile. El factor de conexión de la norma, es la residencia, no el domicilio, por lo que un matrimonio extranjero, pudiese residir de manera definitiva en nuestro país, adoptar un niño, y luego volver a su propio país, como hijo suyo, o por el contrario un matrimonio chileno residir en el extranjero y querer adoptar un niño, le será aplicable lo dispuesto en el párrafo tercero de la ley (Adopción Internacional), aunque luego vuelvan con el niño a Chile.

### 4. Diferencia de edad con el adoptado.

La ley 19.620 exige una diferencia de edad de 20 años entre adoptante y adoptado, es decir, si se pretende adoptar un lactante de 6 meses los postulantes deben

---

<sup>17</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. Op. Cit. Pág 197

tener a lo menos 25 años de edad, lo que parece razonable, en vista de las condiciones que importa recibir un hijo, no obstante esto, la ley presenta ciertas excepciones:

4.1 Si uno de los adoptantes fuere ascendiente por consanguineidad del adoptado, no le será aplicable la diferencia de edad, de lo que se desprende que este beneficio se imputa a ambos cónyuges, por lo que, si ambos no cumplen con el requisito de la diferencia de edad, y se produce que uno de los solicitantes es ascendiente consanguíneo, la excepción beneficia a ambos solicitantes

4.2 El juez puede rebajar los límites de edad, reducción que no puede superar los cinco años de edad<sup>18</sup>.

4.3 En caso de infertilidad demostrada, no se exigirá el plazo de 2 años

## 5. Idoneidad física y moral

Los solicitantes deben ser evaluados tanto física, mental, psicológica y moralmente y declarados idóneos por el Servicio Nacional de Menores o los

Organismos acreditados ante éste, además se requiere que estos sean mayores de veinticinco años y menores de sesenta, y con veinte años o más de diferencia de edad con el futuro adoptado.

De este requisito resultan una serie de características interesantes de analizar como son:

### 5.1 Exigencia legal

La ley exige que los cónyuges solicitantes, se sometan a esta evaluación, no dice que acrediten ser idóneos, sino que ordena que se sometan a una evaluación por el Servicio Nacional de Menores o los organismos acreditados ante éste, y de éste de

---

<sup>18</sup> El juez, por resolución fundada, podrá rebajar los límites de edad o la diferencia de años señalada en el inciso anterior. Dicha rebaja no podrá exceder de cinco años.

manera se declare esta característica del matrimonio, en tal sentido, la única manera de poder demostrar la idoneidad de los solicitantes es mediante este informe, que declara esto respecto de los solicitantes, no siendo en consecuencia la única prueba admisible válida para poder demostrarlo como lo veremos en el punto siguiente.

## 5.2 Evaluación de la idoneidad

La evaluación como se ha indicado debe ser practicada por el Servicio Nacional de Menores o alguno de los organismos acreditados ante éste, sin embargo, dicha declaración o certificación de idoneidad no es vinculante para el juez quien podrá ordenar las diligencias pertinentes antes de la audiencia de juicio.

## 5.3 Idoneidad Moral

¿Que comprende esta evaluación?

La respuesta es evidente al comprender el espíritu de la norma, y la preponderancia del interés del adoptado, siendo en consecuencia necesario entender este concepto desde una perspectiva negativa y así comprender el significado y amplitud del termino ya que no podrían considerarse idóneos para ser padres adoptivos, quienes hayan sido condenados a pena aflictiva, o por violencia intra familiar, o cualquier otro hecho que considerado en sí, manifieste de manera fundada peligro o inestabilidad para el niño.

Los matrimonios son un esfuerzo del diario vivir, y la convivencia entre los cónyuges puede verse destruida por hechos y circunstancias, sin embargo si estos ya han iniciado la adopción, pueden solicitar se conceda aun después de declarada la sentencia que declara el divorcio o la separación, siempre que convenga al interés del niño, con lo que la sola solicitud no basta para seguir adelante con la adopción puesto que la presencia de un hogar destruido, dista mucho de un hogar capacitado para un nuevo miembro por lo que deberá estudiarse pormenorizadamente el tema de la continuación de la adopción, siendo en consecuencia necesario paralizar el procedimiento, y en el caso de existir una solicitud de continuación, el Juez deberá

ordenar la elaboración de informes psicológicos de los futuros adoptantes a fin de precaver el interés superior del adoptante a la solicitud de continuación la elaboración de informes psicológicos de los futuros adoptados<sup>19</sup>.

### **3. ADOPCIÓN POST MORTEM**

Desde un tiempo, se viene planteando el problema de los solicitantes que cumplen con todos los requisitos que establece la ley para poder adoptar, pero que durante el transcurso del proceso, uno de los solicitantes muere antes de que se dicte sentencia sobre la constitución de la adopción<sup>20</sup>, el problema se zanja con la redacción del actual artículo 22 de la ley 19.620 “Siempre que concurren los demás requisitos legales, podrá otorgarse la adopción al viudo o viuda, si en vida de ambos cónyuges se hubiere iniciado la tramitación correspondiente o, no habiéndose iniciado ésta, el cónyuge difunto hubiere manifestado su voluntad de adoptar conjuntamente con el sobreviviente.

En estos casos, la adopción se entenderá efectuada por ambos cónyuges, desde la oportunidad a que se refiere el inciso segundo del artículo 37. La voluntad del cónyuge difunto deberá probarse por instrumento público, por testamento o por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de modo irrefragable. No bastará la sola prueba de testigos”.

Analizaremos detalladamente la norma

Primero, como es natural exige que los solicitantes cumplan con los requisitos que ordena ley, en nuestra opinión, se debe haber practicado con anterioridad al fallecimiento del cónyuge, la certificación de idoneidad, puesto que ésta como veíamos es un requisito legal, y que es indispensable para poder dar pie al procedimiento de constitución de adopción.

---

<sup>19</sup> opinión del autor.

<sup>20</sup> al respecto ver artículo 2 ley 16.343 y artículo 22 ley 18.703

Segundo, la voluntad del cónyuge debe ser demostrada de manera irrefragable, esto es, que no de lugar a duda razonable sobre la real intención de adoptar que tenía el solicitante en vida, esto puede demostrarse por instrumento público o testamento.

En el caso que se hubiese dado inicio al procedimiento de constitución de adopción antes de la muerte del solicitante con el solo mérito de la solicitud se entenderá que ésta era la voluntad del adoptante.

### **Efectos jurídicos**

Desde un punto de vista extrapatrimonial, se entenderá que el niño es hijo del fallecido, pero desde el punto de vista patrimonial éste no podrá participar en la sucesión del causante, a pesar que la ley lo considere hijo de aquel, ya que la adopción producirá sus efectos legales desde la fecha de la inscripción de nacimiento ordenada por la sentencia que la constituye.

En nuestra opinión debería aplicarse el estatuto jurídico del hijo póstumo, puesto que era la voluntad del adoptante que el niño fuese su hijo, para todos los efectos legales, incluso en materia de sucesión por causa de muerte.

#### **I. Exclusión de la adopción por uniones no matrimoniales**

La legislación nacional, es estricta, en cuanto solo admite como adopción conjunta a aquellos que se encuentran unidos por el vínculo del matrimonio, pero que pasa en el caso de las personas unidas por el concubinato, en el Derecho Comparado existen legislaciones que exigen tener una convivencia *more uxorio*<sup>21</sup> como es el caso de la legislación Boliviana, Nicaragüense, colombiana, catalana entre otras, sin perjuicio del, plausible criterio que ha llevado a estos países a aceptar este tipo de adopción conjunta, creemos que la postura que ha tomado nuestro país es del todo correcta puesto que la estabilidad que da un matrimonio es indispensable para el desarrollo armónico de un

---

<sup>21</sup> Citado por CORRAL TALCIANI, Hernán . Op. Cit. Página 206.

niño, y asegura que los solicitantes asuman de manera cabal los deberes y derechos que importa la filiación.

#### **4. LA ADOPCIÓN INDIVIDUAL**

Puede suceder que no existan matrimonios interesados en adoptar a un niño, pero que por el contrario existan personas individualmente solicitantes, las cuales pueden ser solteros, viudos o divorciados y que cumplan con todos los requisitos legales, a los cuales me remito, en este caso la ley posibilita que una persona soltera, divorciada o viuda<sup>22</sup>, con residencia permanente en el país, además, de haber participado en alguno de los programas de adopción<sup>23</sup>.

Estos programas como se ha indicado son llevados por el Servicio Nacional de Menores y los organismos acreditados ante éste a través de profesionales expertos y habilitados en esta área.

Es decir perfectamente podrá adoptar cumpliendo con los requisitos que le ordena la ley.

Se ha comentado en extenso que la adopción es subsidia de la familia de origen del niño, sin embargo dentro de ella misma se aplica este principio, puesto que la adopción matrimonial ya sea con o sin residencia en Chile se impone a las solicitudes de solteros viudos o divorciados.

Pero a su vez entre estos últimos existe un orden de prelación en relación con si el solicitante posee algún vínculo de sangre con el adoptado. Y en el caso que ninguno posea vínculo sanguíneo quien tenga a su cargo su cuidado personal.

- 1) Procedimiento de constitución de la adopción conforme a la Ley N° 19.620 Y N° 19.968.

---

<sup>22</sup> En caso que la presentación se realice antes de la dictación que declara la separación judicial, o la muerte de uno de los solicitantes se entenderá para estos efectos que es el matrimonio el que los solicita.

<sup>23</sup> El programa de adopción es el conjunto de actividades tendientes a procurar al menor una familia responsable



La Ley 19.620, aporta como hemos indicado una separación dentro del procedimiento de adopción, procedimientos previos, de los cuales nos hemos referido de manera lata, y el procedimiento de adopción propiamente tal, este proceso presenta una serie de características que lo hacen especial dentro del marco de los procesos del Derecho de Familia.

a) Concepto de Procedimiento de constitución de la adopción

La ley no nos entrega un concepto de adopción, ni mucho menos de procedimiento de constitución de adopción, sin embargo, podemos servirnos de grandes ayudas doctrinarias, a fin de poder esbozar un concepto que nos sirva como base, para poder abordar el tema en su conjunto.

La ley 19.620, enfatiza que el procedimiento de constitución de adopción es no contencioso, por lo que es una de las primeras características que vemos en este procedimiento.

El autor Fernando Orellana Torres define a los procedimientos no contenciosos como aquellos asuntos que según la ley requieren intervención del juez y que no se promueve conflicto alguno entre partes.

Son actividades del Estado, radicada en los Tribunales de justicia, en virtud de una disposición legal y siempre que no exista un conflicto por oposición del legítimo contradictor.

Es decir como principal característica que poseen estos procedimientos es que carecen de conflicto, pero ¿cómo puede carecer de conflicto un tema tan importante como es la adopción y el cambio de estado civil de una persona, que pasa a tener la calidad de hijo de otra persona, distinta a la de sus verdaderos padres?.

Esto se responde con la naturaleza contenciosa que veíamos en los procedimientos previos a la adopción, ya que el conflicto que se produce en orden a determinar si un niño es susceptible de ser adoptado, ya fue declarado por sentencia firme, lo mismo si este fue entregado por los padres en adopción, nuevamente nos damos cuenta de la gran importancia de determinar la naturaleza procesal de las distintas etapas que conforman la adopción. En esta etapa el juez de familia, que dicto la resolución de susceptibilidad o acepto la petición de los padres de entregar al hijo en

adopción, luego de reunir los antecedentes y verificar la concurrencia de los requisitos legales, dicta una resolución que en esta materia se conoce como dictamen, a petición de los interesados y en la que declara al niño, como hijo del o los solicitantes.

En materia de procedimiento de constitución de adopción, se configura plenamente las características de este tipo de asuntos ya que se reúnen en él los siguientes requisitos copulativos:

- a) Existencia de un precepto legal ( ley 19.620)
- b) Que el texto legal requiera la intervención del juez.
- c) Ausencia de oposición o conflicto entre partes.<sup>24</sup>

Por lo que del estudio anterior podemos definir al procedimiento de constitución de adopción como “aquel procedimiento no contencioso especial, en virtud del cual el juez de familia competente declara a un niño, niña o adolescente, que reúne ciertas y determinadas características, como hijo, del o los solicitantes idóneos para ser padre o padres de éste”.

- a) Reglamentación.

La reglamentación de este procedimiento no contencioso, es especial, porque se encuentra consagrada en la ley 19.620 Título Segundo Párrafo Segundo “De la competencia y el procedimiento de adopción”.

Competencia

Sostiene el Artículo 23, Que será competente para conocer de la Adopción el juez de letras, con competencia en materias de familia, del domicilio del niño.

---

<sup>24</sup> La ley 19620 en su artículo 23 inciso segundo **“la adopción tendrá el carácter de un procedimiento no contencioso, en el que no será admisible oposición”**.

Esto indica que la regla de competencia, se refiere al domicilio del niño, y no de los solicitantes, por lo que habrá que determinar el domicilio del futuro adoptado, para establecer que juez de familia será competente para conocer de la adopción, sin perjuicio de esto, puede suceder que se haya dictado como medida de protección en favor del niño, la Tuición Pre Adoptiva, siendo en este último caso, el domicilio del niño, el correspondiente al domicilio de quien ejerza su cuidado personal que corresponderá a la persona del o los solicitantes

#### **4.1 Requisitos**

Una vez determinado el juez de familia competente para conocer de la adopción, será necesario presentar una solicitud de adopción, la que deberá ser firmada por todas las personas cuya voluntad se requiera,

En este punto es dable realizar una clasificación de quienes deben constar con su voluntad.

Cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país y que cumplan los requisitos que ordena la ley,

La persona soltera, divorciada o viuda,

Viudo o viuda, si en vida de ambos cónyuges se hubiere iniciado la tramitación correspondiente o, no habiéndose iniciado ésta, el cónyuge difunto hubiere manifestado su voluntad de adoptar conjuntamente con el sobreviviente, esta manifestación de voluntad debe constar de manera fehaciente, como hicimos notar al tratar acerca de esta clase de solicitantes.

Junto con el cuerpo del escrito de la solicitud, se deberá acompañar un dossier con los siguientes antecedentes:

1. Copia íntegra de la inscripción de nacimiento de la persona que se pretende adoptar. Vale decir, un certificado de nacimiento del niño, emitido por el registro Civil
2. Copia autorizada de la resolución judicial que declara que el niño pueden ser adoptado, dictada en virtud del artículo 8º, letras a) o c); o certificados que acrediten las circunstancias a que se refiere la letra b) del artículo 8º, en su caso.

En este punto es menester detenerse un momento, puesto que durante la dictación de la ley 19.620, era competente para conocer de estos asuntos los tribunales de menores, los que contaban con un magistrado y un secretario del tribunal, hoy bajo el imperio de la ley 19.968, que crea los tribunales de familia, la figura de un secretario como ministro de fe, de determinadas actuaciones no existe, y por el contrario, existe lo que se conoce como un administrador del tribunal, que no es secretario, ni tampoco es letrado es decir, no requiere de ser abogado, por el contrario se requiere de otros tipos de profesión como ingeniero comercial, administrador público etc, a pesar de que lo que sucede en la practica, es que en todas aquellas gestiones en donde la ley ordena se certifique algún hecho de importancia, como es el que estamos tratando, lo hace éste funcionario, que escapa notablemente a su ámbito de facultades, lo que configuraría en nuestra opinión, una nulidad de Derecho publico, puesto que el administrador del tribunal es parte de un órgano del Estado, por lo que le es plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 7 de la C.P.R. El administrador actúa fuera del ámbito de su competencia, excediendo sus funciones a pesar de las circunstancias que se dan en el nuevo sistema, en cuanto a lo nuevo de éste y su adecuación, no es pretexto para contravenir lo dispuesto por el citado artículo, por lo que seria aplicable la sanción correspondiente cual es la nulidad de Derecho Publico. Aun en este punto no se conoce un dictamen de la Corte Suprema a pesar de su auto acordado, en nuestra opinión deberían eliminarse las remisiones a certificaciones en materia de procesos de familia, ya que como se ha expresado es un procedimiento oral, donde queda una copia en el registro de audio, por lo que certificar lo evidente escapa del fin de la ley, la certificación es propia de los procedimientos escritos, no de los orales

3. Informe de evaluación de idoneidad física, mental, psicológica y moral del o los solicitantes, emitido por alguna de las instituciones respectivas.

En este punto me remito a lo ya tratado, al respecto, sin embargo, es dable enfatizar la importancia del informe y que este debe ser acompañado junto con los otros documentos

Existe un punto en la Ley que se identifica claramente con el derecho a la identidad que poseen los niños y el derecho a no ser separado de su hermano o hermana en el caso que dos o más niños que se encuentren en situación de ser adoptados sean hermanos, el tribunal procurará que los adopten los mismos solicitantes. Podríamos decir, que se daría una especie de parto múltiple para los efectos legales.

En el caso que distintas personas solicitan la adopción de un mismo niño, las solicitudes deberán acumularse, a fin de ser resueltas en una sola sentencia. Es decir, una será aceptando y las otras rechazadas, se privilegiara, en consecuencia quien, reúna las mejores condiciones, que posibiliten un desarrollo integral del niño.

Recibida por el tribunal la solicitud de adopción con los requisitos anteriormente expuestos y verificada la concurrencia de estos, se dictara una resolución acogiendo a tramitación la solicitud, y se ordenará demás agregar los antecedentes del proceso previo de susceptibilidad para la adopción<sup>25</sup>, junto con esto se cita al o los solicitantes, para que vengan a la audiencia preparatoria con todos sus antecedentes de idoneidad y medios de prueba, la audiencia se debe llevar a efecto entre los cinco y los diez días siguientes a la dictación de la mencionada resolución. Si es procedente se citara al niño, para dar cabal cumplimiento al derecho que poseen todos los niños de ser oídos<sup>26</sup>, y que este realice las observaciones e intervenciones pertinentes, con especial atención si es menor adulto eso es en las mujeres mayores de 12 años y en los hombres mayores de 14.

En la audiencia preparatoria se acreditaran las ventajas y beneficios que la adopción tiene para el niño, con especial mención al interés superior que tiene éste, si

---

<sup>25</sup> Antecedentes y no expediente, puesto que en materia de familia, no existen expedientes

<sup>26</sup> Artículo 3°.- Durante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez. Si fuese menor adulto, será necesario su consentimiento, que manifestará expresamente ante el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción, en relación con la posibilidad de ser adoptado, y en el curso del procedimiento de adopción, respecto de la solicitud presentada por el o los interesados. En caso de negativa, el juez dejará constancia de las razones que invoque el menor. Excepcionalmente, por motivos sustentados en el interés superior de aquél, podrá resolver fundadamente que prosiga el respectivo procedimiento

se acredita de manera fehaciente lo anterior, sobre la base de la documentación aportada por los solicitantes, podrá resolver el magistrado en la misma audiencia, la solicitud de constitución de adopción.

En caso contrario, éste decretará una serie de diligencias adicionales, estas tendrán como fundamento clarificar el beneficio que le aporte al niño, su ingreso en la familia solicitante, estas diligencias ordenadas por el magistrado se presentaran y examinaran en la audiencia de juicio la que se realizará dentro de los quince días siguientes, a la celebración de la audiencia preparatoria, en este punto la ley aporta sobre la base del interés superior del adoptado, que aquellas diligencias no cumplidas a la fecha de la realización de la audiencia de juicio se tendrán por no decretadas y se deberá dictar sentencia sin esperar dichos tramites, a fin de no obstaculizar el correcto desarrollo del procedimiento de adopción sin embargo en la practica se están asignando fechas muy posteriores a las señaladas en la ley, con el objetivo que Sean evacuados los tramites y pericias encargadas por los magistrados de familia.

La situación de ser necesaria la realización de la audiencia de juicio, se notificará en la audiencia preparatoria, y esta como se sostuvo, deberá realizarse dentro de los quince días siguientes, a la audiencia preparatoria

En el evento que los solicitantes no tengan el cuidado personal del futuro adoptado, deberán estos solicitarlo conjuntamente con la adopción, el juez deberá resolver en la misma audiencia preparatoria, pudiendo disponer de una serie de las diligencias tendientes a facilitar la adaptación del niño a su futura familia Es por que estimamos de gran provecho en pro del interés superior del adoptado, que la tuición preadoptiva se dicte antes del procedimiento de adopción, como una medida de protección en favor del niño. Que no significa de ninguna manera adopción, sino que es una medida cuyo fundamento es el interés del adoptado y en base a este mimo interés se podrá poner término al cuidado personal del niño por los interesados, cuando así lo así se estime necesario en cualquier etapa del proceso.

Sin embargo esta terminará, si se denegara la solicitud de adopción.

También puede terminar este cuidado, cuando se díctela resolución acogiendo la solicitud de los adoptantes, toda vez que la naturaleza jurídica del cuidado

del niño es diversa, en el primer caso se trata de una medida de protección por esencia revocable, y en el segundo de los casos de una sentencia judicial irrevocable, y que confiere el estado civil de hijo a los adoptantes, situación que no sucede en la tuición pre adoptiva.

La sentencia, sobre la constitución de adopción se notificará por cédula a los solicitantes, en el domicilio que ellos hubiesen indicado durante el proceso, salvo que sea posible efectuar la notificación en forma personal en la audiencia de juicio, esta como se ha visto es la regla general, en materia de notificaciones en materia de asuntos de familia, el juez procurara notificar en la misma audiencia las resoluciones, que se dicten.

#### **4.2 Recursos**

En contra de esta sentencia procederá el recurso de apelación, el que gozará de preferencia para su vista y fallo, y se tramitará de acuerdo a las reglas de los incidentes, esta remisión a las reglas de los incidentes, es del todo ineficaz, ya que como sentencia definitiva que es, la sentencia de constitución de adopción se tramita como sentencia definitiva, es decir, se darán autos en relación, se dará vista a la causa y se fallara de acuerdo al merito de los aportado en los alegatos respectivos.

Mención especial, requiere el recurso de casación

En nuestra doctrina siempre se ha discutido la posibilidad de poder impugnar una sentencia de adopción, por la vía del recurso de casación, con anterioridad a la dictación de la Ley 19.968<sup>27</sup>, se debatía hondamente este punto existiendo dos posturas muy claras, las del profesor René Ramos Pazos, quien considera que no procedería el recurso de casación, y su criterio se funda en la falta de existencia de norma expresa en la ley de Adopción, postura que por lo demás fue acogida por la jurisprudencia, la Corte Suprema con fecha de 17 de octubre de 2002 rechazo un recurso de casación en el fondo, por la improcedencia de éste en materia de adopción<sup>28</sup>,

---

<sup>28</sup> Sentencia citada por Jorge Campillay Fernández . Op. Cit. Pág 57

siguiendo el criterio del profesor Ramos Pazos, esto es, la falta de norma expresa en la ley 19.620 por el contrario Don Hernán Corral Talciani, si es partidario del recurso de casación, puesto que aplica las reglas generales del CPC esto es los artículos 766 y 822, y en cuanto a la casación en el fondo se remite la artículo 767 del CPC.<sup>29</sup>

En la actualidad bajo el imperio de la ley 19.968 el problema se zanja puesto que se aplica de manera subsidiaria a la ley 19.620, por propia remisión que hace ésta, a la ley de tribunales de familia, es pues por ello que se aplica in integrum lo dispuesto en el artículo 67 número 6) de la citada ley el que indica que procederá el recurso de Casación en la forma, con ciertas modificaciones<sup>30</sup>.

En cuanto al recurso de Queja, este sería improcedente, toda vez que se puede impugnar como veíamos la sentencia definitiva mediante los recursos ordinarios, siendo en consecuencia aplicable la limitación que estableció para estos recursos la ley N° 19.374, limitación de gran trascendencia, puesto que con anterioridad a ésta, la corte suprema se transformaba en materias de familia como en una verdadera tercera instancia

#### Indicaciones que debe contener la sentencia favorable

En el caso que la sentencia acoja la adopción esta ordenara lo siguiente:

1.- Se oficiara a la Dirección Nacional del Registro Civil e Identificación y a cualquier otro organismo público o privado, dicho oficio ordenara que en el menor plazo

---

<sup>29</sup> Hernan Corral Talciani, Op Cit, Pág 187

<sup>30</sup> a) Procederá sólo en contra de las sentencias definitivas de primera instancia y de la interlocutorias de primera instancia que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación.

b) Sólo podrá fundarse en alguna de las causales expresadas en los números 1°, 2°, 4°, 6°, 7°, y 9° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, o en haber sido pronunciada la sentencia definitiva con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el Artículo 66 de la presente ley.

7) Se entenderá cumplida la exigencia de patrocinio de los recursos de casación, prevista en el inciso final del artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, por la sola circunstancia de interponerlos el abogado que patrocine la causa.



posible se remita la ficha individual del adoptado y de cualquier otro antecedente que permita su identificación por ejemplo becas u otros beneficios que haya tenido el niño, todos estos antecedentes serán agregados al proceso de constitución de adopción.

Lo anterior, es de suma importancia para dar real y cabal cumplimiento, al cambio de estado civil, que ordena la sentencia y que del que se trata en el punto siguiente.

2.- Ordenara a su vez que sean remitidos los antecedentes a la Oficina del Registro Civil e Identificación del domicilio de los adoptantes, a fin de que se practique una nueva inscripción de nacimiento del adoptado como hijo de los adoptantes. Desde este momento y para todos los efectos legales el adoptado, toma la calidad jurídica de hijo, por lo que disintimos de las indicaciones que realizan ciertas normas de hijos y adoptados como es el caso del artículo 983 del CC “Son llamados a la sucesión intestada los descendientes del difunto, sus ascendientes, el cónyuge sobreviviente, sus colaterales, el adoptado, en su caso, y el Fisco. Los derechos hereditarios del adoptado se rigen por la ley respectiva”.

Si bien es cierto, que en materia de orden de sucesión, los adoptados con anterioridad a la ley 19.620 se rigen por su respectiva ley, sin embargo existen disposiciones fuera del ámbito patrimonial y sucesorio en donde la distinción es odiosa y no aporta nada a esclarecer el fin de la ley, como es el caso del Art. 43 del Código Civil, que sostiene que “son representantes legales de una persona el padre o la madre, el adoptante y su tutor o curador”.

Para estos efectos bastaría con decir, padres, puesto que para todos los efectos legales el adoptante es padre del niño adoptado.

La inscripción a la que hacíamos referencia deberá practicarse a requerimiento de uno o ambos adoptantes o por un tercero a su nombre, esto indica que el magistrado no podrá inscribir de oficio u ordenar su inscripción sino, que la inscripción queda entregada a los adoptantes, como es el caso *mutatus mutandi*, de los padres biológicos, que luego del parto inscriben a sus hijos en el registro como suyos, la ley entrega esta fase de la primera responsabilidad legal de los padres con los hijos como es el reconocerlos en los adoptantes; así como una mujer puede tener 2 hijos, los

adoptantes pueden tener como fecha de nacimiento, la misma o una muy cercana siguiendo la siguiente regla Si la diferencia de edad entre los adoptados o entre éstos y los hijos de los Adoptantes es muy pequeña, podrá establecerse como fecha de nacimiento la misma, y si por el contrario, la diferencia fuere inferior a doscientos setenta días, la sentencia, al precisar la fecha de nacimiento de cada uno, cuidará de que exista entre sus fechas de nacimiento el plazo referido.

En caso de que el niño haya nacido antes del matrimonio de los adoptantes, el juez, prudencialmente, podrá establecer como fecha del nacimiento una que concilie la edad que aparente del niño con la posibilidad de que hubiese sido concebido por los adoptantes, esta indicación no es sino una manifestación, de la base familiar que se trata de dar y del amparo familiar que se brinda al niño. Discutible desde un punto de vista psicológico, si es conveniente que el niño sepa su pasado, nada niega a que los padres intenten hacer creer al niño que es carne de su carne, y esta indicación así como las anteriores posibilitan esta ficción discutible, pero entendible

3.- Lógicamente se ordena que se cancele la antigua inscripción de nacimiento del adoptado, tomándose las medidas administrativas conducentes a mantener en reserva su anterior identidad, pero que no niega al derecho que tiene el adoptado de conocer sus orígenes es por ello que no sería ajustado a Derecho negar información de un adoptado en cuanto a saber quienes fueron sus padres biológicos.

4.- Que se oficie al Servicio Nacional de Menores, a fin de que eliminen de los registros que se refiere el artículo 5ª al adoptado o los adoptantes. Esto es de toda lógica puesto que el niño pierde la susceptibilidad de ser adoptado, porque ya se satisfizo su necesidad de familia y no requiere en consecuencia de estar en los registros

5.- Que se oficie, cuando corresponda, al Ministerio de Educación, esto se realizara sí el niño ha cursado parte de la enseñanza pre –básica, básica o media a fin de que se eliminen del registro respectivo y se incorpore otro registro, con su nueva identidad, de no ser este el caso, como es el de un niño que aun no ingresa al colegio, esta indicación se debería suplir por una que indique tal circunstancia, o si el caso el plausible como es el de un lactante, se deberá omitir.

### **4.3 Cumplimiento y ejecución de la sentencia constitutiva de la adopción.**

En la practica sucede, que de impetrarse algún recuso, de los ya vistos, los oficios ordenados, no son enviados hasta que la sentencia quede a firme, una vez que posee esta característica se cumple con lo ordenado en la sentencia, y se envían los oficios indicados

Sin duda el oficio mas importante de todos, y tratado de manera lata en la ley es el que se envía a la Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación.

Una vez recepcionado el citado oficio se procederá por el oficial del Registro Civil ha practicar la inscripción de la adopción. Una vez cumplido este tramite, la Dirección remitirá los antecedentes al Jefe del Archivo General del Servicio de Registro Civil e Identificación, quien los mantendrá bajo su Custodia en sección separada, de la cual sólo podrán salir por resolución judicial<sup>31</sup>.

A pesar de lo rígido de la reserva que existe sobre estos procesos, cualquier interesado mayor de edad y plenamente capaz que tenga antecedentes que le permitan presumir que fue adoptado podrá solicitar personalmente al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informe si su filiación tiene ese origen, de lo que se desprende que deber ser mayor de edad, y plenamente capaz, vale decir, un incapaz absoluto o relativo, no debería tener acceso a esta información; criticamos lo rígido del sistema, puesto que es en la adolescencia en donde los jóvenes buscan con afán su identidad, máxime la identidad biológica, que es un derecho esencial del ser humano como es saber su verdadera identidad, por laudable que sea la actual, que deriva de un gesto de amor al niño, y que sin duda para todos los efectos legales será su familia, pero

---

<sup>31</sup> El artículo 27 de la ley es muy estricto en cuanto quienes pueden pedir copias de la sentencia o de los antecedentes de adopción, y requiere que además esto sea ordenado por resolución judicial, a pedido del adoptado, de los adoptantes o de los ascendientes y descendientes de éstos..

esto no niega que él tuvo una familia anterior con hermanos, tíos etc., somos partidarios de rebajar la edad y que en consecuencia pueda ser requerid esta información por menores adultos, quienes verán respuestas muchas de las interrogantes que a esa edad uno se plantea

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **LA ADOPCION INTERNACIONAL**

#### **1. GENERALIDADES.**

El tema de la adopción internacional ha ocupado nuestro interés jurídico no solo en nuestro país sino que también en el extranjero, a partir de la década recién pasada el incremento en la adopción internacional aumento considerablemente, dando como resultado una regulación a nivel de derecho comparado mucho más fina y exacta.

En los últimos años y en especial a partir de la convención de los derechos del Niño, se considero a la adopción como una medida de resguardo y bienestar que permite al niño carente de una familia, beneficiarse con una familia permanente.

#### **2. CONCEPTO DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL**

La adopción internacional puede definirse, como aquel procedimiento en que tanto el adoptado como el adoptante o adoptado pueden pertenecer a países distintos, en cuanto a su residencia siendo competente para conocer de esta, el tribunal con competencia en materia de menores del país de origen del niño, siendo competente el tribunal del domicilio del futuro adoptado, o en su caso el de la residencia habitual, debiendo reconocerse el vínculo en el país receptor.

De la definición recién esbozada podemos colegir la importancia en determinar la residencia de los futuros adoptantes, y del nexos con el país de origen del niño, puesto que su legislación será la preponderante en el proceso de adopción, en nuestro país, se aplica el procedimiento que establece la ley 19.620 complementado con la ley 19.968 esto es el procedimiento comentado in extenso con ciertas particularidades que pasaremos a analizar.

Es así como el Artículo 29 de la ley 19.620.- sostiene que La adopción de un niño por personas no residentes en Chile se constituirá de acuerdo al Procedimiento de adopción ya estudiado y en lo pertinente se sujetará, cuando corresponda, a las Convenciones y a los Convenios Internacionales que la regulen y que hayan sido ratificados por Chile. Esto es la convención de la haya, marco regulatorio que se analizara al durante este capitulo este capitulo

A su vez la adopción se considera internacional cuando la figura constituye una relación jurídica internacional, por tratarse de un vinculo al cual pertenecen mas de un ordenamiento jurídico nacional

La internacionalidad viene dada por dos elementos o factores de conexión residencia habitual de los adoptantes y residencia habitual del adoptado.<sup>32</sup>

### **3. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS**

El 20 de noviembre de 1989 se aprobó en el seno de las Naciones Unidas, la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, la convención es un instrumento de carácter vinculante que la transforma en obligatoria para los Estados Partes hasta este año ha sido ratificada por casi todo el mundo con excepción de EEUU y Somalia, esta convención unifica el ordenamiento jurídico internacional y nacional dando el lugar debido en los ordenamientos jurídicos de los países firmantes al gran tema de la adopción, estando próxima a ser una norma *ius cogens*, se rescata de la convención que en cuanto a la protección de los derechos de los niños es integral, dando igual protección a los derechos civiles y políticos de los niños, en el artículo 21 de la citada convención encontramos la remisión a la adopción..

---

<sup>32</sup> CALVENTO SOLARI, UBALDINO “ La Convención de los derechos del niño y la adopción internacional “, cuadernos de trabajo, conferencia inter gubernamental sobre adopción internacional , Santiago, Chile 2-5 de Marzo 1999.p2

#### **4. CONVENCION SOBRE LA PROTECCION DE MENORES Y LA COOPERACION EN MATERIA DE ADOPCION INTERNACIONAL.**

La conferencia de la Haya elaboro en 1993 la Convención Sobre la Protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional, esta convención retoma los principios protectores de la Convención anterior, derechos tales como el interés superior del niño, la subsidiariedad de la Adopción y la comunicación y cooperación entre los Estados que intervengan en la adopción.

El artículo primero de la Convención, declara que tiene por objeto:

- a) establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional;
- b) instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños;
- c) asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas

Es decir posee un marcado carácter garantista, recalando el interés superior del niño y el respeto a sus derechos fundamentales.

Este Convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante ("el Estado de origen") ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante ("el Estado de recepción"), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción,( esta situación en nuestro ordenamiento es imposible puesto que se reconoce solo la adopción intencional matrimonial), además dentro de las particularidades de este Convenio solo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación.

Según la convención la adopción internacional procede en los casos en que el Estado de origen manifieste lo siguiente :

- a) Han establecido que el niño es adoptable;
- b) Han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño

Además el Estado de origen debe constatar

- 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
- 2) Que tales personas, instituciones y autoridades han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito,
- 3) Los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados,
- 4) El consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño<sup>33</sup>; y que se hayan asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que, ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando este sea necesario,( derecho del niño a ser oído)

---

<sup>33</sup> En Chile, Existe la Adopción pre natal, ya estudiada.



En cuanto al consentimiento del niño hay que tener en cuenta que se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño, el consentimiento del niño a la adopción cuando sea necesario, ha sido dado libremente en la forma legalmente prevista, y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, además que el consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna.

Lo anterior en cuanto a los Estados emisores, ahora los Estados receptores deben:

a) Constatar que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para Adoptar;

b) Se han asegurado que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados

c) Han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

## **5. PROCEDIMIENTO**

En cuanto al procedimiento, la convención establece ciertas reglas que sirven a los países firmantes, establecidas en el capítulo VI de la misma convención, es así como establece que las personas con residencia habitual en un Estado contratante que deseen adoptar un niño cuya residencia habitual este en otro Estado contratante, deberán dirigirse a la Autoridad central del Estado de su residencia habitual, que en nuestro país sería SENAME; y esta autoridad deberá considerar

Si los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, preparando un informe que contenga información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional así como sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo. Y a la vez ésta, transmitirá el informe a la Autoridad central del Estado de origen. Si el informe es positivo y el niño se encuentra

en condición de ser adoptado, como por ejemplo en nuestra legislación la declaración de susceptibilidad se tomaran las siguientes medidas

- a) Preparará un informe, que contenga información sobre la identidad del niño, su adoptabilidad, su medio social, su evolución personal y familiar, su historia médica y la de su familia, así como sobre sus necesidades particulares
- b) Se asegurará de que se han tenido debidamente en cuenta las condiciones de educación del niño así como su origen étnico, religioso y cultural
- c) Se asegurará de que se han obtenido los consentimientos necesarios
- d) Constatará si, basándose especialmente en los informes relativos al niño y a los futuros padres adoptivos, la colocación prevista obedece al interés superior del niño.

Esta Autoridad central transmitirá a la Autoridad central del Estado de recepción su informe sobre el niño, la prueba de que se han obtenido los consentimientos requeridos y la motivación de la decisión relativa a la colocación, procurando no revelar la identidad de la madre y el padre, si en el Estado de origen no puede divulgarse su identidad.

## **6. CUIDADO PERSONAL PRE ADOPTIVO**

En el Estado de origen sólo se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos si se reúnen los siguientes requisitos copulativos:

- a) La Autoridad central del Estado de origen se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo
- b) La Autoridad Central del Estado de recepción ha aprobado tal decisión, si así lo requiere la ley de dicho Estado o la Autoridad Central del Estado de origen;

c) Las Autoridades Centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción

d) Que se haya constatado, la idoneidad de los adoptantes, y en consecuencia su aptitud para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.

Una vez concluido el proceso de la adopción las Autoridades centrales de ambos Estados tomarán todas las medidas necesarias para que el niño reciba la autorización de salida del Estado de origen así como de entrada y residencia permanente en el

## **7. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN CHILE.**

### **7.1 Generalidades**

La adopción internacional en nuestro país solo procede frente a la inexistencia de matrimonios interesados en adoptar con residencia en Chile, es pues por ello que el artículo 30.-sostiene que la adopción internacional sólo procederá cuando no existan matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile interesados en adoptar al menor y que cumplan los requisitos legales. Pone de manifiesto este artículo que el vínculo o nexo de interés más que la nacionalidad es la residencia, es por eso que enfatiza que los matrimonios extranjeros pero con residencia en Chile se les aplica la adopción ordinaria, y a contrario sensu, los matrimonios chilenos con residencia en el extranjero, se les aplica la adopción internacional, a su vez como característica propia de este tipo de adopción es su doble subsidiariedad, puesto que la adopción es subsidiaria a la familia natural la adopción internacional también es a su turno subsidiaria de la nacional, sin embargo existe una excepción contemplada en la ley en donde el juez podrá acoger a tramitación la solicitud de adopción de un niño presentada por un matrimonio no residente en Chile, aun

cuando también estén interesadas en adoptarlo personas con residencia permanente en el país, si median razones de mayor

Conveniencia para el interés superior del adoptado, que deberán ser expuesta al pronunciar la resolución, en nuestra opinión esta excepción es del todo acertada puesto que plasma el motivo fundante en la adopción y directriz principal que es el interés superior del niño, puesto que si las condiciones sociales y afectivas que brinda un matrimonio extranjero son superiores a las ofrecidas por un nacional y eso redundará en un mayor beneficio del niño, resulta plausible acceder a la solicitud fundado en este criterio.

Dentro de los requisitos que establece la ley para poder optar a una adopción internacional, se debe tener presente que solo pueden ser cónyuges, esto es quienes se encuentren unidos por el vínculo del matrimonio, los solteros y divorciados no tendrían lugar en este tipo de adopción puesto que al tratarse de una situación subsidiaria y que toca temas de filiación debe entenderse en forma restrictiva, y que en consecuencia solo comprende a los matrimonios a su vez estos deben cumplir con los siguientes requisitos:

- ❖ Dos o más años de matrimonio.
- ❖ Que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos
- ❖ Mayores de veinticinco años y menores de sesenta.

En el primer caso es sin duda aplicable la excepción de la infertilidad estudiada a propósito de los requisitos que exige la ley para los matrimonios con residencia en Chile, En cuanto al análisis de este requisito me remito a lo ya tratado.

En el segundo caso, por situaciones evidentes SENAME o los organismos acreditados ante éste, no pueden evaluar in situ la idoneidad de los extranjeros, es pues por ello que la ley consagra la posibilidad que ciertos organismos extranjeros acreditados ante SENAME y la autoridad competente del país del matrimonio, presenten la evaluación de idoneidad, esta acreditación presenta ciertas particularidades a saber puesto que deberán presentar su solicitud escrita de acreditación ante el Director Nacional del Servicio Nacional de Menores, adjuntando los siguientes documentos, debidamente legalizados y traducidos al español:

1.- Certificación emitida por la Autoridad central de su país, en que conste su reconocimiento para operar en Chile, en materia de adopción internacional.

2.- Certificación emitida por la autoridad central de su país, en el que se indiquen los criterios y requisitos considerados por esa autoridad para acreditarlos en conformidad a lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención de La Haya relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

3.- Certificado expedido por el cónsul chileno de profesión u honorario, que indique que la entidad que ha otorgado el reconocimiento al organismo extranjero para operar en Chile, de acuerdo a lo señalado en el numerando anterior, es la Autoridad competente conforme a su legislación.

4.- Antecedentes que acrediten su formalización jurídica, estatutos o normas que los regulen, su composición, objetivos y domicilio del organismo en Chile.

5.- Proyecto de funcionamiento que incluya procedimiento de evaluación, selección y preparación de matrimonios postulantes a adopción y criterios técnicos empleados al respecto pautas para el seguimiento de la familia en su país de residencia, una vez que el menor ha sido adoptado por ésta, compromiso de efectuar dicho seguimiento y los criterios previstos para la asesoría y apoyo al adoptado que desee conocer antecedentes de su familia de origen.

En cuanto a la identidad de los solicitantes esta podrá acreditarse mediante un certificado otorgado por el consulado de Chile en el país respectivo.

La solicitud de adopción, debe ser patrocinada por Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante éste, esta fue una modificación a la ley de adopción, frente a la poca delicadeza de abogados Chilenos que cobraban sumas elevadas por el trámite de la adopción, y este patrocinio se hizo obligatorio, en nuestra opinión esta exclusividad de SENAME, no es plausible, sin perjuicio de los fuertes motivos que se tuvo en mira para poder realizar la modificación, ya que existen grandes e

intachables profesionales capacitados en el tema, y que se ven imposibilitados en el conocimiento de este tipo de procedimiento junto con saturar de carga a los departamentos jurídicos de SENAME.

En el evento que la solicitud de adopción no haya sido patrocinada por un organismo acreditado el matrimonio interesado deberá remitir previamente al Servicio Nacional de Menores o a un organismo nacional acreditado, sus antecedentes, debiendo el organismo pronunciarse dentro del plazo de 20 días, contado desde la recepción de la respectiva solicitud. en el supuesto que se estimase que se carezca de la información necesaria el organismo puede solicitar información adicional, el organismo que haya recibido la solicitud deberá requerirlos dentro de quinto día de efectuada la presentación, debiendo en todo caso pronunciarse en un plazo no superior a 20 días contados desde que se reciba la información.

En nuestra opinión un plazo sin consecuencias para el servicio, aporta muy poco toda vez la lentitud en los tramites y en las certificaciones necesarias, es pues por ello que manifestamos que debiese existir una consecuencia, a favor de los solicitantes en cuanto no se cumplan los plazos manifestados en la ley a estos se les califique con el merito de lo ya acompañado, y aumentar el plazo de manera prudencial a 30 días, a fin de hacer practicable la norma.

En cuanto al proceso este es el mismo que para los solicitantes con residencia habitual en Chile, esto es una audiencia preparatoria, y finalmente una audiencia de juicio, en donde se pronuncia sobre la solicitud, ahora desde un punto de vista procesal, es de sumo interés la comparecencia que deben realizar los solicitantes en el proceso de adopción, por lo que si un niño fue declarado susceptible de ser adoptado, sería perfectamente valido que en la audiencia preparatoria los adoptantes manifiesten su interés en adoptar acrediten sus dichos y las ventajas para el niño, y formen una convicción en el juez con el solo merito de lo expuesto y de la documentación acompañada el interés preponderante del adoptado y de lugar a la adopción en una sola audiencia, si por el contrario requiere de una convicción mayor ordenara la celebración de una audiencia de juicio, que en nuestro criterio, y atendiendo a la realidad de nuestros

tribunales se tornaría en una espera inoficiosa puesto que las acreditaciones, exigidas por nuestros organismos a las autoridades centrales del país del adoptante, configurarían un claro panorama de la conveniencia o no de conceder la adopción, no debiendo en nuestra opinión dilatarse en una nueva audiencia.

Luego de la dictación de la sentencia que concede la adopción se remiten los antecedentes a la autoridad central a fin de realizar las actuaciones registrales pertinentes, luego en el país de recepción del niño se realiza un seguimiento de la familia adoptiva residente en el extranjero, una vez que el menor ha sido adoptado por ésta, según lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención de La Haya sobre la Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional<sup>34</sup>.

La Ley distingue atendiendo el patrocinio o no de un organismo extranjero acreditado o la acreditación de la autoridad central

En el primero caso esto si el matrimonio ha sido patrocinado por un organismo extranjero acreditado, éste llevará a cabo el seguimiento por un período no inferior a un año de acuerdo a las pautas presentadas al solicitar su acreditación en Chile. Este seguimiento debe entenderse como apoyo idóneo para la familia recién integrada, tanto desde una óptica jurídica como y principalmente psicológica, puesto que el desarraigo de un niño puede acarrear graves consecuencias que la convención a fin de evitar obliga a los Estados parte a proteger y tener en mente a través de los programas propios de cada país. Y a fin de acreditar el desarrollo de la relación familiar el

---

<sup>34</sup> **Art. 9** Las autoridades centrales tomarán ya sea directamente o con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos debidamente acreditados en su Estado, todas las medidas apropiadas, en especial para: a) reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en la medida necesaria para realizar la adopción; b) facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción; c) promover, en sus respectivos Estados, el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones; d) intercambiar informes generales de evaluación sobre las experiencias en materia de adopción internacional; e) responder, en la medida en que lo permita la ley de su Estado, a las solicitudes de información motivadas respecto a una situación particular de adopciones formuladas por otras autoridades públicas.

organismo deberá efectuar a lo menos un informe semestral, esto demuestra que el Estado del adoptado no se desliga de su nacional, por el contrario es su deber preocuparse en su desarrollo y evolución y de entregar las herramientas necesarias para su correcta inserción en su nuevo país.

Ahora, si el matrimonio ha sido patrocinado por la autoridad central del Estado de residencia de los postulantes, el seguimiento será efectuado por la referida autoridad central o por la entidad especializada, que ella determine, por el mismo período, debiendo remitirse a lo menos un informe semestral, la situación es muy similar pudiendo en este caso atribuirse la confección del informe a un organismo acreditado ante la autoridad central del país receptor, en cuanto al derecho que poseen los adoptados de conocer su origen real, el reglamento junto con la convención consagran el derecho del niño a conocer sus orígenes, exigiendo la ley la autorización judicial respectiva que deberá entenderse en nuestra opinión un tribunal nacional, y el SENAME, ordenara las medidas conducentes o el organismo acreditado que participo en el proceso a fin de determinar la realidad biológica y social del adoptado.



## CONCLUSIONES.

La adopción desde un punto de vista de su naturaleza jurídica puede ser considerada como un fenómeno complejo, puesto que abarca diversas figuras jurídicas, como lo es de fuente de filiación con carisma de protección, a fin de entregar un beneficio de estabilidad y acogida a un niño que ha carecido toda su vida de una familia o de un modelo familiar óptimo. Esta familia está llamada a brindar los mínimos necesarios para su desarrollo tanto integral como emocional, y en su carácter más complejo, como una fuente de vínculos de filiación, aún esta materia ha sido poco desarrollada en nuestro medio doctrinario. Quizás por la poca importancia que se le daba a los niños que hasta hace un tiempo eran considerados menores, tan es así que la rama que se encargaba en derecho de su estudio se denominó por decenios Derecho de menores, situación que a la luz de los tratados internacionales y del real conocimiento de los derechos que emanan de los niños, es impensable en la, otra razón frente a la cual nuestra postura es crítica puesto que consideramos que apreciar al derecho del niño como “el hermano pobre de las ramas del derecho”, es inapropiado aun cuando es cierta su juventud, como por su complejidad, que muchas veces requiere la interdisciplinariedad para la omnicomprensión de los asuntos debatidos, como también, por la escasa retribución económica que reciben aquellos que dedican sus esfuerzos al estudio de esta especialidad, bástese recordar que en las asistencias judiciales cerca del 50% de los temas ventilados son temas concernientes a los niños.

Junto con lo anterior, se suma la falta de recursos bibliográficos, que fueron en gran medida un dolor de cabeza de quien escribe, lo cual me demostró la importancia de explorar el mundo del derecho del niño nomenclatura que se impone frente a Derecho de Menores.

Ahora desde un punto de vista positivo, nos merece reparos, la escasa protección de la familia de acogida de los niños adoptado, sin perjuicio de los mecanismos aportados por SENAME, quien en su labor de acogida de los niños, es garante de su protección y promoción.

Ahora en cuanto a la legislación imperante en nuestros días, nos merece reparo la excesiva formalización de los actos, que junto con la intermediación judicial

tornan a la adopción en un campo ácido y complejo, proponemos en consecuencia un proceso en cuanto a la adopción propiamente tal, de naturaleza similar en su tramitación a las medidas de protección, las cuales en la practica se superponen a los otros asuntos ventilados en tribunales de familia, incluyendo a la adopción, restado tiempo valioso para el niño con su nueva familia..

Además proponemos como requisito, siguiendo la línea del Derecho Internacional como es el caso del código del niño de Bolivia un defensor de los derechos del niño, que tenga como fin garantizar una adecuada promoción de medidas y jurídicas y extrajurídicas que optimicen el proceso de adopción, la participación del curador ad litem escasamente puede comprender la magnitud de un proceso, que de cierto modo se compone no solo de aspectos jurídicos, sino que además de aspectos psicológicos y sociales.

La creación de una judicatura especializada, en materia de Familia ha sido sin duda un logro que nuestro país alcanza por lo que nos merece toda nuestra admiración la labor de los jueces de familia, empero lo anterior, en materias de adopción, estimamos que los consejos técnicos debiesen ser en la practica integrados tanto por asistentes sociales y psicólogos especialistas en el área de la adopción, a fin de entregar las herramientas mas optimas a los nuevos padres, lo anterior se propone sobre la base que en la ley se estima la presencia de los psicólogos en los consejos técnicos, lo que en la practica no ocurre y en su mayoría son asistentes sociales. es pues por ello que proponemos la exigencia de psicólogos en los consejos técnicos donde se ventilen temas de adopción so pena de tenerse por nulo lo realizado

Desde un punto de vista procesal la ley 19.968 reconoce la importancia de la adopción y le asigna un procedimiento especial, con tramites y plazos especiales. Mas, a nuestro parecer es beneficiosa la procedencia del recurso de casación en materia de adopción puesto que unifica los criterios que se tienen sobre ésta

Sin duda la adopción, hoy en día dista mucho de las antiguas instituciones de naturaleza contractual que conocieron los antiguos juristas, sin perjuicio de ello y del gran avance que en materia de filiación se ha dado en nuestro país aun existen cierta distancia a estos temas, y a una elaboración sistemática y lógica del tema tanto desde una perspectiva procesal como es el caso de la procedencia del recuso de casación que hoy se acepta a diferencia de antaño, y la escasa reglamentación que existe respecto del

abandono y de las medidas de protección que deben tomarse durante el desarrollo de la declaración de susceptibilidad de los niños.

No podemos dejar de mencionar el gran esfuerzo jurídico que Chile ha realizado al llevar adelante el proceso de adopción dentro del marco del debido proceso, del cual es fuente y medida la claridad en las normas que lo componen, máxime si se trata de la entrega de un niño a una nueva familia, proceso que como se ha repetido durante el desarrollo de la presente memoria se asimila a un parto, motivado por el amor de los adoptantes. .

## **BIBLIOGRAFIA**

### **1. Enciclopedias.**

- a) ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, argentina 1977.
- b) ENCICLOPEDIA UNIVERSAL SOPENA. “Diccionario Ilustrado de la Lengua Española”. Editorial Ramon Sopena, S.A. Madrid, España, 1984.
- a) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Diccionario de la Lengua Española”. Editorial Espasa Calpe. Vigésima edición. Madrid, España, 1984.

### **2. Documentos de internet.**

- SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL. “La adopción internacional, condiciones básicas interés superior del niño y cooperación internacional Centro internacional de referencia para la protección del niño en la adopción”. Disponible en internet:

<http://www.protestand.ch/ong/ssihome.nsf/5b178c12130cca4ec1256492005565a7/abb94164f52422e1c12567590068e9ce?opendocument>

SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL. “Una convención en el interés superior del niño” Disponible en internet:

<http://www.protestand.ch/ong/ssihome.nsf/e11046861a013ab900256416005da776/5468ad00dc03bc7cc12566490050ac98?opendocument>.

### **3. Textos Legales.**

-CÓDIGO CIVIL, Décimo sexta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004.

- CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y - -

- COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN.

- CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

- LEY 5.343. Publicada el 06 de enero de 1934.

- LEY 7.613. Publicada el 9 de octubre de 1943.

- LEY 16.346. Publicada el 20 de octubre de 1965.

-LEY 18.703. Publicada el 10 de mayo de 1988.

-LEY 19.620. Publicada el 05 de agosto de 1999.

-REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS DERECHO DE MENORES”. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2000.

#### **4. Folletos.**

-MINISTERIO DE JUSTICIA CHILE. “Folleto La adopción en Chile una familia para un Niño”. S/A.

#### **5. Textos Doctrinarios**

- ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. “La filiación y sus efectos”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2003.

- BAVESTRELLO BONTÁ, IRMA. “Derecho de menores”.2º Edición. Editorial Lexis Nexis. Santiago de Chile, Mayo de 2003.

- BARRIENTOS GRANDON, JAVIER Y NOVALES ALQUÉZAR, ARANZAZU. “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”. Segunda edición. Editorial Lexis-Nexis. Santiago de Chile, Agosto de 2004.

- CAPITANT HENRI. “Vocabulario Jurídico”. Ediciones de Palma. Buenos Aires, Argentina, 1986.

- CLARO SOLAR, LUIS. “Explicaciones de Derecho Civil y Comparado”. Volumen I de las Personas. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1978.

- CORRAL TALCIANI, HERNAN. “Familia y derecho, estudios sobre la realidad jurídica de la familia”. Colección jurídica Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, 1994

- CORRAL TALCIANI, HERNAN. “Adopción y filiación adoptiva”. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2002.

- COURT MURAZO, EDUARDO. “Nueva ley de matrimonio Civil”. Editorial Legis. Universidad Adolfo Ibáñez. Colombia, 2004.

- ETCHEVERRY, ALFREDO. “Derecho Penal parte especial”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1998.

- FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO. “Persona, Pareja y Familia”. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1995.

- GONZÁLEZ MORAGA, MARCELA. “Derecho Procesal de Menores”. Ediciones Jurídicas. Segunda edición. Santiago de Chile, 2000.
- LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. “Matrimonio Civil nuevo régimen”. Editorial librotecnia. Santiago de Chile. Octubre de 2004.
- MARTINIC GALETOVIC, MARIA DORA Y OTROS. “Instituciones de Derecho de Familia”. Editorial Lexis Nexis. Santiago de Chile, 2004.
- RAMOS PASOS RENÉ. “Derecho de Familia”. Editorial jurídica de Chile. Tercera edición. Santiago de Chile. Septiembre de 2000.
- ULRIKSEN RAMOS, GERMAN. “Derecho de menores procedimientos y formularios”. Editorial Jurídica la Ley. Segunda edición. Santiago de Chile. Agosto de 2003.
- WEINSTEIN WEINSTEIN, GRACIELA. “Familia y personas, Comentario de la Ley 18.703 del 10 de mayo 1988 que establece nuevas normas sobre adopción de menores”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1991.

#### **7. Memorias.**

- CHAUCON OJEDA, DANIEL ALFREDO y otro. “Nuevo Régimen adoptivo chileno”. Universidad Finis Terrae. Facultad de Derecho, 2002
- GLASINOVIC GÓMEZ, MILITZA y otro. “La adopción en Chile, evolución histórica y análisis de la nueva ley que rige la materia”. Universidad Finis Terrae. Facultad de Derecho, 2002.
- ILLANES RAMIREZ, MARIA PAZ. “El proceso de adopción”. Universidad Católica de Valparaíso. Escuela de Derecho, 2002.

#### **8. Revistas de Derecho:**

- FUEYO LANERI, FERNANDO. “Notas sobre legitimación adoptiva o adopción plena ante una perspectiva de reforma legislativa”. Revista Gaceta Jurídica N° 45. Editorial Jurídica Conosur. Marzo de 1984.
- RAMOS PASOS, RENÉ. “Las nuevas normas de adopción”. Revista de Derecho, 2000.

