

## EL NUEVO REGIMEN JURIDICO DE LA ADOPCION EN CHILE

*Hernán Corral Talciani*

Profesor de Derecho Civil  
Universidad de los Andes

### SUMARIO

1. *Nociones generales.* 2. *La medida de protección de acogimiento familiar.* 3. *Institucionalidad de apoyo a la adopción.* 4. *El adoptado.* 5. *Los adoptantes.* 6. *El proceso judicial de adopción.* 7. *Efectos de la adopción.* 8. *Expiración de la adopción.* 9. *Vigencia de la ley N° 19.620 y derecho transitorio.*

### RESUMEN

*El trabajo es una aproximación dogmática-civil al nuevo estatuto jurídico de la adopción y la filiación que resulta de ella, configurado por la ley N° 19.620 y el D. Sup. N° 994, Justicia, de 1999. Tras efectuar algunas consideraciones generales y la evolución histórica de la institución en el extranjero y en nuestro país, se estudia la nueva institucionalidad de apoyo a la adopción, constituida por un funcionamiento mixto de entidades públicas (SENAME) y privadas y la elaboración de los "programas de adopción". Se analizan también los nuevos preceptos sobre los menores susceptibles de ser adoptados y la declaración previa de adoptabilidad, así como los requisitos exigidos para los adoptantes, tanto para los residentes en Chile como para los no residentes. Los efectos de la adopción constituida y el régimen transitorio forman parte del final del artículo. En el transcurso del mismo se van haciendo algunas apreciaciones valorativas, ya se en un sentido positivo como negativo.*

### 1. NOCIONES GENERALES

#### 1.1. *Origen y evolución histórica de la adopción*

##### a) El modelo romano: la *adoptio* y la *adrogatio*

En el derecho romano la adopción nace como una forma de incorporar a un varón púber bajo la patria potestad de un *paterfamilias*. Si se trata de un varón *sui iuris*, la adopción toma el nombre de *adrogatio* y se somete a una serie de solemnidades públicas, incluida la presencia de autoridades religiosas. Si se trata de un varón *alieni iuris*, se denominaba *adoptio*, y se realizaba por una triple *mancipatio* del primer *paterfamilias* al adoptante. La adopción hace ingresar a la patria potestad del adoptante como hijo o nieto, heredero y continuador del culto de la familia del adoptante.

En el derecho justinianeo los comentaristas distinguen entre *adoptio plena* (si el adoptante es ascendiente natural del adoptado) y *adoptio minus plena* si se trataba de un extraño. En este último caso, se mantenían los derechos en la familia de origen y se adquirían solo derechos hereditarios *abintestato* en la sucesión del adoptante.

En todo caso, el acento estaba puesto en el adoptante, más que en el adoptado. Se trataba de no dejar al *paterfamilias* sin heredero varón, asegurando la sucesión política y el culto familiar<sup>1</sup>.

b) La adopción en el derecho germánico y en el medioevo

Aunque en el antiguo derecho germánico se conocía un cierto recibimiento de un extraño como hijo (*Annahme an Kindes Statt*), en las fuentes conocidas aparece como un negocio patrimonial cuya finalidad se dirigía a otorgar derechos hereditarios recíprocos entre adoptante y adoptado (la *affatomía* de los francos; la *aeteleiding* de los pueblos nórdicos).

La recepción del derecho romano en la Edad Media produce el resurgimiento de la *adoptio minus plena* del derecho justiniano. Así, por ejemplo, en el derecho castellano las Siete Partidas desarrollan tanto la adopción como la arrogación, pero la distinción se basa ahora entre si el adoptado es emancipado (arrogación) o sujeto a patria potestad (adopción); la adopción podía ser menos plena o plena, según si confería o no la patria potestad al adoptante (P. 4.16; 4.7.7. y 3.18.91 y 92).

c) El cuestionamiento de la adopción en la época codificadora

En la época moderna, previa a la codificación, la adopción sufre un descrédito importante, al parecer porque fue corrientemente utilizada para fines fraudulentos, tanto en el aspecto familiar como fiscal<sup>2</sup>.

En Francia, la adopción había prácticamente desaparecido de las costumbres. Aunque durante la revolución había sido repuesta, al discutirse el Código Civil francés los redactores se inclinaban a eliminarla; solo se admitió a propuesta del Consejo de Estado, tras una fuerte controversia, en la que el Primer Cónsul jugó un importante papel como defensor de la institución. Napoléon Bonaparte señaló que "*l'adoptio est une fiction qui singe la nature*" y "una especie de sacramento destinado a establecer los sentimientos y los afectos de la filiación y de la paternidad entre dos individuos extraños uno del otro"<sup>3</sup>.

La reticencia del Código francés influyó notablemente en la negativa de otros cuerpos semejantes a recepcionar la adopción. Pisanelli, en Italia, excluyó la adopción de su proyecto de Código Civil italiano de 1865 por considerarla contraria a las buenas costumbres.

Así se explica la ausencia de regulación de la adopción en el Código de los Países Bajos, el de Portugal, el argentino y el chileno.

d) La adopción como pacto de familia de acceso restringido

Durante el siglo XIX, la adopción se concibe como un pacto de familia, una especie de convención entre el adoptado, o su familia de origen, y el o los adoptantes. Por este pacto, el adoptado podía quedar sujeto a la patria potestad del adoptante y adquirir derechos en su sucesión hereditaria.

Se trata, sin embargo, de una forma adoptiva de acceso restringido y fuertemente formalizada. El Código francés de 1804 solo permitió este tipo de adopción entre mayores y casi exclusivamente para fines sucesorios<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Sobre la adopción en el derecho romano, véase VÁSQUEZ, Humberto, "La adopción en Roma (un acto esencialmente político-religioso)" en *Jurisprudencia Argentina*, N° 6107, 1998, pp. 2-5.

<sup>2</sup> RIBERO HERNÁNDEZ, Francisco, en Lacruz, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Bosch, 4ª edic., Barcelona, 1997, pp. 540-541.

<sup>3</sup> FENET, *Recueil complet de Travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1828, t. I, pp. 101-148.

<sup>4</sup> El Código Napoléon, sin embargo, permitía excepcionalmente la adopción de menores a través de la adopción testamentaria (se exigía que el menor haya estado a cargo del testador durante seis años al menos antes de su muerte) y por la adopción remuneratoria, por la cual se permitía adoptar a cualquier persona que hubiera salvado la vida del adoptante.

El Código español de 1889 reguló también una forma de adopción menos plena del derecho romano, aunque con atribución de la patria potestad.

e) Las guerras mundiales y el cambio de percepción de la adopción

Los autores están contestes en que las consecuencias de la Primera y Segunda Guerra Mundial producen un giro en la percepción pública de la función de la adopción.

Se perfila el mecanismo adoptivo, ya no como un medio de otorgar descendencia y sucesor al adoptante, sino de ofrecer a niños desamparados el entorno afectivo de una familia que los acoja. Aunque la adopción mantiene su fin de servir a los matrimonios que no tienen descendencia, el interés del hijo es el que merece la consideración primordial<sup>5</sup>.

f) El modelo de la adopción legitimante

Después de la Primera Guerra Mundial surge en Francia un nuevo modelo de adopción: la adopción legitimante. Este modelo solo es aplicable, en principio, a menores de corta edad (hasta cinco años, que luego se extienden a siete). La adopción legitimante tiene como particularidad la extinción de los vínculos biológicos con los padres del menor, para dar paso a un estado civil ficticio que lo lleva a ser reputado hijo legítimo de los matrimonios adoptantes. La regulación aparece en el decreto ley de 29 de julio de 1939.

Este modelo adoptivo es recepcionado en Latinoamérica, después de la Segunda Guerra Mundial. La ley uruguaya N° 10.674, de 20 de noviembre de 1945, constituye una referencia obligada para autores y legisladores de la época.

El secreto es una de las particularidades que rodean a este tipo de adopción, pues se lo supone un requisito para la estabilidad de la familia adoptiva.

g) El modelo de la adopción dual: simple y plena

El interés por la adopción aumenta en la segunda mitad del siglo XX, al parecer porque a la renovada preocupación por otorgar una familia a menores abandonados, se une un crecimiento de la demanda por parte de parejas estériles de lograr descendencia a través de este medio<sup>6</sup>.

Es así como desde los años sesenta la regulación de la adopción en diversos países ha tenido importantes reformas, y la mayoría de ellas admiten un modelo de adopción de menores dual: existe, por una parte, una adopción simple que permite que personas solteras o casadas adopten un menor de edad, pero sin que se rompan los lazos biológicos; y por otra, una adopción plena, que pasa a ser sucesora de la antigua adopción legitimante, pero ampliada ahora a cualquier menor de edad. Es lo que sucede con la ley francesa de 11 de julio de 1966.

En España la ley 24 de abril de 1958, asimiló los efectos de la adopción plena al reconocimiento, y mantuvo la adopción menos plena. En 1970, vuelve a reformar el instituto por la ley de 4 de julio, consagrando el modelo dual, de adopción simple y plena.

Este sistema dual es el que prevalece en la mayor parte de los países europeos<sup>7</sup>.

h) Actuales tendencias

Las actuales tendencias del derecho de la adopción en el mundo occidental no son siempre confluyentes, y de alguna manera muchas de ellas necesitan todavía un tiempo para su consolidación. Estas tendencias podrían sintetizarse en cuatro grandes ideas:

<sup>5</sup> HAUSER, Jean y HUET-WEILLER, Danielle, en *Traité de Droit Civil sous la direction de Jacques Ghestin. La famille*, L.G.D.J., 2ª edic., París, 1993, p. 662.

<sup>6</sup> HAUSER, J. y HUET-WEILLER, D., ob. cit., p. 662.

<sup>7</sup> HAUSER, J. y HUET-WEILLER, D., ob. cit., p. 670.

## 1º) Cuestionamiento de la adopción simple

Se señala que es innecesaria, que no tiene contornos definidos, que no es estable. Hay legislaciones que regulan solo la adopción plena, como el Código peruano de 1984 y el Código Civil de Quebec, de 1994. Otros han sustituido la adopción simple por una figura de funciones ambiguas llamada acogimiento familiar (reforma española de 11 de noviembre de 1987) o *affidamento dai minori* (ley italiana de 1983).

## 2º) Reparos a los efectos radicales de la adopción plena

Hay quienes impugnan la adopción plena por no respetar el derecho del niño a insertarse en su propia familia, por favorecer el secreto y promover la entrega de niños bajo precio. Se aprecia que los intereses contrapuestos entre padres de sangre y padres adoptivos no son conciliables con efectos tan radicales como los ocasionados por la adopción plena. Así, se señala en Francia: "...la preferencia sistemática del derecho francés por la adopción plena con la ruptura total de los lazos que unen al adoptado con su familia de origen está lejos de suscitar una aprobación unánime. Puede ser necesario imaginar nuevas técnicas para conciliar de modo más armonioso intereses a menudo antagónicos"<sup>8</sup>.

Entre estas nuevas modalidades que comienzan a llamar la atención está la *open adoption* del derecho norteamericano: se trata de una forma que intenta corregir los problemas psicológicos de la adopción, convocando a todos los interesados a convenir en conjunto un proyecto adoptivo, y un acuerdo entre adoptantes y padres biológicos para establecer derechos y deberes en relación con el adoptado<sup>9</sup>.

La atención a los resultados menos perturbadores de las adopciones abiertas sugiere la recuperación del valor de la adopción simple<sup>10</sup>. Una reciente obra de la profesora española Encarna Roca revela que la eliminación de la adopción simple de la legislación española no resulta acorde con lo que ella denomina "la complejidad del mercado de la adopción", en el cual aparecen necesidades que difícilmente son atendibles por medio de la adopción plena; en especial "la de colocar en adopción niños que por su edad o circunstancias conocen perfectamente sus antecedentes familiares o incluso no están dispuestos a dejar de tener relaciones con su familia de origen..."<sup>11</sup>

<sup>8</sup> HAUSER, J. y HUET-WEILLER, D., ob. cit., p. 670

<sup>9</sup> Se define la *open adoptio* como aquella "en la cual los padres adoptivos acuerdan dejar a la madre (o padre) biológica tener un contacto continuo con el niño después de la adopción" (*The American Bar Association, Guide to Family Law*, U.S.A., 1996, p. 50). Los contactos pueden consistir en visitas periódicas o un intercambio de fotografías e información. Siendo un fenómeno relativamente nuevo, no hay claridad completa en los diferentes Estados sobre si el acuerdo de adopción es ejecutable judicialmente si los padres adoptivos incumplen su compromiso.

<sup>10</sup> LAROCHE-GISSEROT, Florence, "L'adoption ouverte (open adoptio) aux États-Unis: règles, pratiques, avenir en Europe", en *Revue Internationale de Droit Comparé* 4, 1998, pp. 1121-1123. Señala esta autora que las *open adoption* aparecieron en los Estados Unidos hace una veintena de años, como el resultado de una profundización de los múltiples problemas psicológicos generados por la adopción de un niño: primeramente, la conmoción sufrida por el adoptado (llamada *genealogical bewilderment*), que ha sido medida y analizada. Esta conmoción conduce al hijo a "fantasear" sobre los padres biológicos, imaginando tanto lo peor como lo mejor, lo sórdido y lo novelesco; se extiende al intento de comprender las razones de lo que él analiza como "abandono" o "rechazo", y a tratar por todos los medios de reconstruir su historia. Los padres adoptivos a su turno hacen un cuadro sobre la madre biológica, imaginando que si ella recontrara al niño, lo retomarí y destruirí su existencia. Los estudios muestran también que la madre biológica sufre al pensar que el niño se sentirá rechazado y se hará una mala opinión de ella. De allí que se concluyera que "se habría emprendido un camino equivocado al eliminar a la madre del circuito y simular para el niño una suerte de segundo nacimiento" (p. 1100).

<sup>11</sup> ROCA, Encarna, *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, p. 256. Agrega también la autora el caso de los denominados "grandes menores" para los cuales tampoco la adopción plena representa un sistema de protección adecuado.

### 3º) Relajamiento de la reserva de la adopción

Durante cierto tiempo se consideró que la inserción del menor en la familia del adoptante requería rodear a la adopción de un conjunto de medidas que aseguraran el secreto completo del trámite y de la filiación biológica. Sin embargo, en los últimos años se percibe que esconder la realidad de la adopción no es la actitud más correcta para salvaguardar los intereses del menor. Solo si la adopción es de algún modo denigrante para el adoptado o los adoptantes podría comprenderse el afán por ocultarla. Además, ha crecido la comprensión psicológica del ansia que revelan algunos adoptantes de conocer la identidad de sus progenitores biológicos para completar su historia personal. Se encuentra en etapa de construcción un derecho a la identidad que incluye el derecho al conocimiento de los progenitores. La Convención de Derechos del Niño establece ya el derecho a conocer a los padres, en la medida de lo posible (art. 7). En Europa, hay países en los que se permite la identificación de la familia adoptiva por la familia natural (Bélgica, Holanda y Luxemburgo); en otros, se otorga al adoptado el derecho a conocer sus orígenes (Inglaterra, para los mayores de 18 años; Alemania, para los mayores de 16 años; Suiza, siempre que la autoridad del estado civil lo crea conveniente)<sup>12</sup>. El Tribunal Constitucional alemán ha reconocido como un derecho constitucional el derecho a conocer los orígenes biológicos<sup>13</sup>. En Latinoamérica, la reciente ley argentina N° 24.779, de 28 de febrero de 1997, establece el derecho del adoptado a conocer su realidad biológica a partir de los 18 años (nuevo art. 328 del Código Civil).

En Estados Unidos existe bastante controversia sobre si debe otorgarse derecho a los adoptados a conocer los expedientes de adopción y permitirles buscar a sus progenitores biológicos. Se ha intentado sin éxito hasta la fecha que la Corte Suprema declare la inconstitucionalidad de las leyes estatales que restringen el acceso a la información. En cambio, el movimiento legislativo tiende al relajamiento de la reserva; una docena de estados ya han legislado en este sentido. Una forma de hacerlo es establecer los llamados *registry laws*, en virtud de los cuales se permite que los padres biológicos y las personas adoptadas ya adultas que deseen encontrarse se inscriban en un registro abierto, de modo que si ambas partes coinciden en registrarse puede hacerse factible su contacto personal<sup>14</sup>.

### 4º) Mayores controles internacionales para evitar el tráfico de niños

Hay esfuerzos internacionales para lograr un mejor amparo del niño adoptado. Así, el art. 21 de la Convención de Derecho del Niño y el Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. Esta Convención fue aprobada por el Congreso Nacional, promulgada con fecha 27 de agosto de 1999, y publicada en el Diario Oficial del 4 de octubre de 1999.

La Convención se aplica a las adopciones que establezcan un vínculo de filiación permanente y que se refieran a un niño que ha sido o va a ser trasladado de un Estado a otro por haber sido ya adoptado en su país de origen o para ser adoptado de acuerdo con las leyes del país receptor. Se prevé que cada Estado designe una Autoridad Central para que, en contacto con las otras, se favorezca la cooperación en materia de adopción internacional.

De esta forma, la Convención es un instrumento especialmente relevante en la lucha contra la funesta práctica del "tráfico" de niños.

<sup>12</sup> BRIBOSIA, Hervé, "Transparence et secrets autour des adoptions internes et internationales", en *Revue Internationale de Droit Comparé* 1993 (4), pp. 807-808.

<sup>13</sup> La sentencia de 31 de enero de 1989 declaró la inconstitucionalidad de varios parágrafos del B.G.B. que restringían la impugnación de la filiación legítima (BVerfG 31 de enero de 1989, BVerfGE 79, 256). Cfr. FURKEL, Françoise, "Le droit a la connaissance de ses origines en république fédérale d'Allemagne", en *Revue Internationale de Droit Comparé* 1997 (4), pp. 944-946.

<sup>14</sup> KRAUSE, Harry D., *Family Law in a Nutshell*, West Publishing, 2ª edic., U.S.A., 1986, p. 181.

### 1.2. *La recepción de la adopción en Chile*

El Código Civil no reguló la adopción. No se sabe exactamente la razón que tuvo Bello para excluirla. Se aduce el individualismo propio de la época. Pero lo más probable es que la razón de la exclusión resida en el poco arraigo que la institución había tenido en la sociedad chilena bajo la legislación castellana.

En 1934 se acoge el primer modelo: la adopción como pacto de familia que no constituye estado civil. Esta aparece en la ley N° 5.343, de 6 de enero de 1934, posteriormente reemplazada por la ley 7.613 de 21 de octubre de 1943.

En 1965 se recibe el modelo de la adopción legitimante: ley 16.346, de 20 de octubre de 1965. Así, el adoptado pasaba a considerarse hijo legítimo. La reserva era máxima y se ordenaba destruir los antecedentes de identificación del menor.

La ley 18.703, de 10 de mayo 1988, derogó la ley N° 16.346 y acogió el modelo de la adopción dual de menores: simple y plena. La simple no constituía estado civil y expiraba con la mayoría de edad del adoptado; y la plena confería la calidad de hijo legítimo de los adoptantes. La reserva era protegida pero se ordenaba guardar el expediente original, y se autorizaba el acceso a él por medio de resolución judicial.

Luego, el sistema adoptivo hasta 1999 era el siguiente:

- Adopción común u ordinaria: regida por la ley 7.613, de 1943.
- Adopción de menores: regida por la ley 18.703, de 1988. Esta adopción podía ser simple o plena.

Este sistema tripartito: común, simple y plena, cede ahora su lugar a un sistema de modelo único, establecido por la ley N° 19.620.

### 1.3. *La ley 19.620, de 5 de agosto de 1999*

La tramitación de la reforma se inicia en 1993, al igual que el proyecto que modifica el Código Civil en materia de filiación, y que dará origen a la ley N° 19.585, de 1998 (Boletín N° 899-07).

En un primer momento, se mantiene la adopción común modificada, se establece el acogimiento familiar y se modifica la adopción plena.

Luego, el Gobierno presenta una indicación que deroga la ley 7.613 y establece una adopción simple y plena (indicación sustitutiva de 21 de marzo de 1995).

En 1998, después de la aprobación de la ley de filiación, el Ejecutivo vuelve a sustituir el proyecto (indicación sustitutiva de 17 de agosto de 1998). Esta vez se opta por el modelo de adopción única y filiativa.

Las cuestiones de fondo que más se debatieron en el último trámite de la ley ante la Comisión de Constitución del Senado (Informe de 21 de octubre de 1998) y ante la Comisión Mixta de Senadores y Diputados (Informe de 1° de junio de 1999) fueron las siguientes:

- 1°) Adopción por personas solteras: se discutió si debía o no aceptarse la adopción por personas solteras y si esta adopción era plural o singular.
- 2°) Inicio del trámite antes del nacimiento del adoptado: se discutió si procedía aceptar como válido el consentimiento de la madre que se otorga antes de dar luz a la criatura.
- 3°) La acreditación de los organismos privados ante el Servicio Nacional de Menores: se discutió la forma en que debían ser autorizados por el Estado los organismos privados para poder intervenir en los procedimientos de la adopción, y si los requisitos de acreditación debían establecerse en la ley o reservarse a la vía reglamentaria.

Sorprende que no haya habido prácticamente ninguna discusión sobre la eliminación de la adopción común de la ley N° 7.613, y más aún de la adopción simple de la ley N° 18.703.

Ello incluso aunque la Cámara de Diputados había aprobado un texto en el que se contemplaba la adopción simple. En el tercer trámite, sin embargo, la Cámara de Diputados no insistió en la conservación de la adopción simple, y propició que el Ejecutivo propusiera una modificación legal que permitiera ser causantes de asignación familiar y gozar de prestaciones médicas a los niños que estaban bajo una medida de protección. El Ejecutivo presentó la respectiva indicación, y fue aprobada por la Comisión Mixta de Senadores y Diputados. Se pensó de esta manera paliar los principales efectos negativos que tendría la desaparición de la adopción simple.

Algunos de los aspectos de la ley referidos a la intervención del Servicio Nacional de Menores (Sename) en las gestiones previas y en el proceso de adopción y en la acreditación de organismos privados, son materia del Reglamento de la Ley N° 19.620, que fuera aprobado por el D. Sup. N° 944, del Ministerio de Justicia, de 18 de noviembre de 1999, publicado en el Diario Oficial del 18 de marzo de 2000.

#### 1.4. *Concepto*

No existe en la ley una definición de la adopción. Los legisladores pensaron que era innecesario consagrar un concepto, ya que era suficiente que el vocablo adopción se entendiera en su sentido natural y obvio, que según el Diccionario de la Real Academia es el efecto de adoptar, es decir, de “recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente”<sup>15</sup>.

Si se quisiera ofrecer una definición más precisa y acorde con las nuevas normas, pensamos que, siguiendo los términos de la ley 19.620 (art. 1), puede definirse la adopción como un acto jurídico de carácter judicial que tiene por objeto proporcionarle a un menor una familia, distinta de la biológica, y que pueda brindarle el afecto y los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por la familia de origen.

#### 1.5. *Caracteres*

La adopción presenta los siguientes caracteres en la nueva regulación:

- 1°) La adopción se constituye por sentencia judicial (art. 26 ley N° 19.620).
- 2°) Es siempre subsidiaria (arts. 1 y 15.3 ley N° 19.620).
- 3°) Tiene carácter reservado, salvo voluntad de los interesados (art. 28 ley N° 19.620). La reserva está protegida penalmente (arts. 39 y 40 ley N° 19.620).
- 4°) Es un acto esencialmente gratuito. Se castiga al que busca contraprestaciones pecuniarias, salvos los legítimos honorarios de los profesionales que intervienen (arts. 42, 43 y 44).
- 5°) Es irrevocable, salvo acción de nulidad (art. 38 ley N° 19.620).
- 6°) Tiene por fin velar por el interés superior del menor adoptado y no el de los adoptantes. Así quedó claramente establecido durante la tramitación de la ley<sup>16</sup>, y ha sido corroborado por el Reglamento al disponer que debe privilegiarse el interés del menor “por sobre el de las personas interesadas en adoptar” (art. 11 Reglamento). La norma reglamentaria además intenta precisar el contenido del principio que sirve de marco a toda la normativa, y señala que el interés superior del menor “considerará su realización personal, espiritual y material, y el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de modo conforme a la evolución de sus facultades” (art. 1.2 Reglamento).

<sup>15</sup> Cfr. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado, de 21 de octubre de 1998.

<sup>16</sup> Cfr. Informe de la Comisión de Constitución del Senado, de 21 de octubre de 1998, del artículo primero “aparece aún con mayor evidencia que la adopción está destinada a velar por el interés superior del adoptado y no de los adoptantes o de la familia”.

## 2. LA MEDIDA DE PROTECCION DE ACOGIMIENTO FAMILIAR

a) *Configuración del acogimiento familiar como medida de protección*

De acuerdo con el art. 29 N° 4 de la ley N° 16.618, Ley de Menores, el juez de menores puede aplicar como medida el confiar al menor al cuidado de alguna persona que se preste para ello, a fin de que viva con su familia, y siempre que el juez la considere capacitada para dirigir su educación. En este caso, el juez debe someter al menor al régimen de libertad vigilada.

Los legisladores entendieron que no era necesario normar especialmente una adopción simple o de acogimiento familiar, porque en los casos en los que ello fuera necesario se aplicaría esta norma.

En la indicación sustitutiva final de 17 de agosto de 1998 se señala que el proyecto de filiación y el principio de igualdad sucesoria deja sin sentido a la adopción simple<sup>17</sup>.

En nuestra opinión, no era conveniente derogar la adopción simple. La medida de protección está concebida como una medida de urgencia, eminentemente transitoria, y sin la regulación y los controles que requiere una situación de acogimiento más permanente.

Por lo demás, el proyecto de filiación, hoy ley N° 19.585, lejos de excluir la adopción simple la incluye como posibilidad para el legislador, al establecer en el nuevo art. 179 del Código Civil que la adopción puede dar o no lugar al estado de hijo.

La aspiración de la igualdad sucesoria tampoco era justificación suficiente, ya que el niño bajo medida de protección no tendrá derecho alguno respecto de la sucesión de la persona que lo tiene a su cargo.

b) *Asignaciones familiares*

Lo que sí hicieron los legisladores fue darle algunos beneficios asistenciales al menor bajo protección<sup>18</sup>. Así, el art. 46 de la ley 19.620 modifica el art. 2 del D.F.L. 150, Trabajo y Previsión Social, de 1982, sobre prestaciones familiares, para agregar como beneficiarios del sistema a “las personas naturales que tengan menores a su cargo en virtud de lo establecido en el N° 4 del artículo 29 de la ley N° 16.618” (art. 2, letra g).

Se modifica también el art. 8 del mismo D.F.L. para regular ante qué organismo debe ejercerse el derecho de asignación familiar: ante los organismos indicados en el art. 27 de dicho cuerpo legal, esto es, cajas de compensación, mutualidades, A.F.P., compañías de seguros, en caso de estar afectas a alguno de ellos y, en su defecto, al Servicio de Seguro Social, hoy Instituto de Normalización Previsional.

c) *Permiso y subsidio maternal*

El menor que fuere sujeto a medida de protección dará lugar al permiso y al subsidio maternal para la trabajadora o trabajador que lo tenga a su cuidado, en conformidad al art. 200 del Código del Trabajo. Para hacer uso de este permiso, debe acompañarse un certificado del tribunal que otorgó el cuidado del menor como medida de protección, además de una declaración jurada sobre el efectividad del cuidado personal (art. 200.2 Código del Trabajo).

<sup>17</sup> En la fundamentación de la indicación se lee lo siguiente: “El título IV denominado ‘De la adopción simple’, se eliminó, pues no tenía asidero mantenerlo al adecuar el texto al proyecto sobre filiación. Así se resuelve incluir desde ya la igualdad jurídica para el derecho de herencia de un menor que ha sido elegido consciente y responsablemente por los adoptantes”.

<sup>18</sup> Esta norma fue producto del estudio del proyecto por parte de la Comisión Mixta de Senadores y Diputados que dirimió las diferencias entre la Cámara y el Senado (Informe de 1° de junio de 1999).

### 3. INSTITUCIONALIDAD DE APOYO A LA ADOPCION

#### 3.1. *El Servicio Nacional de Menores*

El Servicio Nacional de Menores es considerado por sí como habilitado para intervenir en la adopción. Se trata de un servicio público dependiente del Ministerio de Justicia, y regido por su ley orgánica, D. L. 2456, de 1979, y su reglamento, D. Sup. 356, de Justicia, de 1980.

El Reglamento de la Ley N° 19.620 precisa la forma en que este Servicio actúa en los diferentes trámites y gestiones del proceso adoptivo.

#### 3.2. *Los organismos acreditados*

##### a) Dónde se acreditan:

La acreditación la realiza el Estado, por medio del servicio público destinado a la protección de menores, es decir, el Servicio Nacional de Menores. De esta manera, la ley reconoce a "organismos acreditados ante el Servicio Nacional de Menores" (art. 6 ley N° 19.620). El vocablo "acreditación" revela que no es una concesión graciosa del Estado el otorgar la posibilidad de intervenir a estos organismos, sino una constatación objetiva de los requisitos que la misma ley exige para aceptar su intervención.

Se discutió en el proceso legislativo cómo debía reglamentarse el trámite de la acreditación. En la Comisión de Constitución del Senado se pensó que no convenía reglamentar en la ley de adopción en forma completa el trámite de acreditación, por cuanto, por una parte, las normas que se dieran sobre la materia deberían respetar los mandatos constitucionales sobre igualdad de condiciones entre los distintos organismos, y porque ello podría hacerse de mejor manera por la vía reglamentaria, o, en caso de tratarse materias propias de ley, por una modificación de conjunto de la ley orgánica del Sename<sup>19</sup>.

Sin embargo, en la Comisión Mixta de Diputados y Senadores, sin invalidar lo anterior, se acordó establecer los requisitos y elementos esenciales del trámite en la misma ley, entre ellos las facultades que tendrá el Director Nacional del Sename y la posibilidad de recursos del organismo afectado por una denegación, suspensión o revocación de la acreditación<sup>20</sup>. De esta manera, ha sido la norma reglamentaria la que ha procedido a señalar en concreto los requisitos de la acreditación (arts. 14 a 26 del Reglamento).

<sup>19</sup> Se puede leer en el Informe de la Comisión de Constitución del H. Senado, de 21 de octubre de 1998, que por aplicación de los mandatos constitucionales "todos los organismos deberían estar en igualdad de condiciones, cumpliéndose los requisitos que se establezcan, para postular a la calidad de organismo acreditado, y que ese estatuto también debería contemplar las causas de revocación de esa calidad. Con todo, estimó que, en principio, ello correspondería a la potestad reglamentaria, y las materias que eventualmente fueran propias de ley deberían ser examinadas en el contexto de una revisión de la ley orgánica del Servicio Nacional de Menores para observar la debida armonía con otras materias similares". Se tuvo en cuenta además que el art. 13 del D.L. N° 2.465, de 1979, ley orgánica del Sename, se remite al reglamento (D. Sup. 356, de Justicia, de 1980) para establecer requisitos de acreditación para las instituciones colaboradoras del Sename.

<sup>20</sup> La Comisión Mixta "fue partidaria de incorporar en la ley los requisitos que deben tener los organismos privados que deseen intervenir en los programas de adopción; las facultades que tendrá el Director Nacional del Servicio Nacional de Menores, en orden a conceder, denegar, suspender o revocar la acreditación, y la posibilidad de que la institución que se considere afectada interponga recursos, tanto ante el propio Director, como ante el Presidente de la República, por intermedio del Ministerio de Justicia" (Informe de 1° de junio de 1999).

b) Requisitos de la acreditación:

Para la acreditación la ley exige los siguientes requisitos:

- 1º) Debe tratarse de corporaciones o fundaciones (se entiende que también pueden ser personas jurídicas mixtas)<sup>21</sup>. Se dejó constancia en el trámite legislativo que puede tratarse de personas jurídicas sin fines de lucro regidas por el título XXXIII del libro I del Código Civil, o personas jurídicas creadas bajo el amparo del derecho canónico, o incluso de alguna otra iglesia (cfr. art. 9 de la llamada ley de cultos, ley N° 19.638, de 1999)<sup>22</sup>.
- 2º) Que tengan entre su objeto la asistencia o protección de menores de edad.
- 3º) Que demuestren competencia técnica y profesional para realizar programas de adopción.
- 4º) Que sean dirigidos por personas idóneas (art. 6.2 ley N° 19.620)<sup>23</sup>.

El Reglamento añade que los organismos deben contar con un equipo profesional multidisciplinario especializado, de las áreas social, psicológica y jurídica. Se exige que este equipo haya sido capacitado por el mismo Sename o por algún organismo acreditado. Este organismo debe ser facultado por el Sename, a menos que esté en condiciones de acreditar satisfactoriamente, a juicio de la Dirección Nacional del Servicio, que cuenta con experiencia previa en el tema (art. 15.2 Reglamento).

Se permite, sin embargo, que ciertas funciones de un programa de adopción (referidas a la evaluación y preparación de los interesados en adoptar y a la asesoría del adoptado que desea conocer antecedentes de la familia de origen) puedan ser realizados por el Sename o por el organismo acreditado, a través de profesionales externos contratados especialmente para ello, en la medida que cuenten con la experiencia suficiente o, en caso contrario, que hayan sido capacitados. En tal evento, sin embargo, el respectivo servicio ejecutor (Sename u organismo acreditado) conserva su responsabilidad por "las acciones que dichos profesionales externos realicen a su servicio" (art. 15.3 Reglamento).

c) Trámite de la acreditación

El organismo nacional que desee acreditarse debe presentar una solicitud por escrito ante el Director Nacional del Sename, adjuntando los documentos que den cuenta del cumplimiento de los requisitos y que enumera el art. 16 del Reglamento. Entre ellos debe presentarse un proyecto de funcionamiento que contenga los programas de adopción y las actividades que se ejecutarán, un proyecto de financiamiento que incluya, si fuere procedente, el estado de situación financiera. Además, se exige que se presente un "documento escrito, otorgado ante Notario, en que conste el compromiso de la corporación o fundación respectiva, de dar cumplimiento a las instrucciones generales o especiales que dicte el Servicio Nacional de Menores, en materia de adopción, firmado por el presidente de su Directorio" (art. 16 letra g Reglamento).

<sup>21</sup> En rigor jurídico, parece difícil que una corporación pueda dedicarse a labores de apoyo a la adopción, ya que, según el Código Civil, las corporaciones persiguen la utilidad de sus miembros, más que la beneficencia o bien público (art. 546 CC).

<sup>22</sup> Se lee en el Informe de la Comisión Mixta de 1º de junio de 1999: "Tuvo cuidado [la Comisión], empero, de no restringir estos conceptos a las corporaciones y fundaciones regidas por el Título XXXIII del libro I del Código Civil, desde el momento en que también existen otras reguladas por el derecho canónico, que se encuentran cumpliendo eficientemente actividades relacionadas con la adopción. En ambos casos la supervigilancia del Ministerio de Justicia o de la Iglesia Católica, constituye una garantía adecuada de buen funcionamiento. Cabe añadir que lo dicho respecto de la Iglesia Católica puede extenderse asimismo a otros cultos religiosos, de acuerdo a la normativa que les sea aplicable".

<sup>23</sup> El Reglamento exige además que sean "administrados" por personas idóneas y especifica la idoneidad requerida señalando que debe tratarse de personas cualificadas por su formación o experiencia en el tema de la adopción o en el trabajo con menores (art. 15.1 Reglamento).

La Dirección Nacional tiene un plazo de 30 días hábiles<sup>24</sup> desde la recepción de los documentos señalados en el art. 16. Dentro de ese plazo puede solicitar por escrito antecedentes complementarios. El organismo debe presentarlos en el plazo de 30 días hábiles desde que fueron requeridos, sin perjuicio de la facultad de pedir prórroga. En caso de que estos antecedentes adicionales no se presenten, se tendrá por desistida la solicitud. El Sename puede también, obrando por su cuenta, solicitar los antecedentes que estime necesarios a otros organismos públicos o privados. Cuando se haya requerido información complementaria, el Servicio deberá resolver en un plazo máximo de 20 días hábiles, contados desde la recepción de la información (art. 17 Reglamento).

La concesión o denegación debe hacerse por resolución fundada del Director Nacional del Sename (art. 6.3 ley N° 19.620). El Reglamento agrega que esta resolución debe notificarse por carta certificada remitida al domicilio del organismo, y que la notificación se entenderá efectuada al tercer día siguiente a aquel en que fue despachada (art. 18.1 Reglamento).

#### d) Recursos

Frente a la denegación de la acreditación procede el recurso de reposición y subsidiariamente, recurso jerárquico ante el Presidente de la República, por intermedio del Ministro de Justicia, dentro de treinta días<sup>25</sup> desde la notificación de la resolución. La solicitud que plantea el recurso debe acompañarse de los antecedentes de hecho y de derecho que la fundamenten (art. 6.4 ley N° 19.620; art. 18.2 Reglamento).

Este recurso es análogo al que establece el art. 9 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Además, sigue las líneas de la regulación que reglamenta situaciones parecidas respecto de las instituciones colaboradoras del Sename (cfr. art. 13 del D.L. N° 2.465, de 1979, Ley Orgánica del Servicio Nacional de Menores, y arts. 32 y 33 del D. Sup. N° 356, de 1980, de Justicia, reglamento del referido cuerpo legal).

#### e) Suspensión o revocación de la acreditación

La ley dispone que la acreditación puede suspenderse en ausencia de alguno de los requisitos y que puede revocarse si se pierde alguno de ellos, por resolución fundada del Director Nacional del Sename (art. 6.3 ley N° 19.620).

El Reglamento precisa que la suspensión procede cuando el organismo quede privado de alguno de los requisitos exigidos legalmente "que no lo inhabilite para continuar operando" (art. 20 Reglamento). La fórmula es abierta, por lo que quedará a juicio del Director Nacional del Sename, que debe aplicar la sanción, la decisión de si suspende o revoca la acreditación. La medida de suspensión tiene un plazo máximo que es fijado por el Reglamento: 90 días hábiles, dentro del cual el organismo debe corregir los procedimientos o subsanar las irregularidades (art. 20.2 Reglamento).

Si no corrigiere o subsanare las deficiencias, la suspensión podrá dar paso a la revocación de la acreditación (art. 21 Reglamento).

La revocación puede ser adoptada por resolución fundada del Director Nacional del Sename en tres casos: 1°) cuando el organismo se viere privado de alguno de los requisitos legales de forma tal que lo inhabilite para continuar operando; 2°) cuando, habiéndose decretado una suspensión, el organismo no corrija o enmiende las deficiencias observadas por el Sename; y 3°) cuando el organismo reincida en faltas que ya fueron materia de una suspensión anterior (art. 21 Reglamento).

<sup>24</sup> De acuerdo con el art. 31 del Reglamento los plazos establecidos en él será de días hábiles.

La resolución del Director Nacional que decreta una suspensión o que revoca la acreditación de un organismo es susceptible de los mismos recursos que aquella que deniega la acreditación (art. 22 Reglamento).

#### f) Acreditación de entidades extranjeras

La Convención Internacional sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional prevé que “un organismo acreditado en un Estado Contratante solo podrá actuar en otro Estado Contratante si las autoridades competentes de ambos Estados lo hubieren autorizado” (art. 12). El Reglamento dispone los trámites que deberán cumplir los organismos extranjeros que deseen en el marco de esa Convención Internacional actuar como intermediarios en favor de matrimonios residentes en su país que esperan adoptar menores chilenos. El trámite es similar al establecido para las instituciones chilenas (arts. 23 a 25 Reglamento). De manera análoga, se contempla también la posibilidad de suspender o revocar la acreditación concedida al organismo extranjero (art. 26 Reglamento).

### 3.3. *Los programas de adopción*

#### a) Concepto

La ley entiende por programa de adopción el conjunto de actividades tendientes a procurar al menor una familia responsable (art. 7 ley N° 19.620 y art. 6 Reglamento).

En el proceso legislativo se estableció que el objetivo de esta disposición “apunta fundamentalmente a procurar la permanencia del menor con sus padres o familiares biológicos, a cerciorarse de la real voluntad de estos de entregarlo en adopción y a cautelar la seriedad y preparación de los solicitantes de la adopción”<sup>26</sup>.

#### b) Ejecutores de los programas de adopción

Según la ley pueden realizar programas de adopción tanto el Sename como cualquiera de los organismos acreditados ante él (art. 6.1 ley N° 19.620).

El Sename interviene a través de sus Direcciones Regionales, y las Unidades de Adopción que existan en ellas, sin perjuicio de la supervisión y fiscalización que corresponde sobre ellas a la Dirección Nacional (art. 2.1 del Reglamento).

El Sename tiene también la función de supervisar los programas de adopción que ejecuten los organismos privados. Esta función la ejerce a través de las Direcciones Regionales, pero por medio de un funcionario especializado que sea ajeno a la Unidad de Adopción regional. La fiscalización corresponde siempre a la Dirección Nacional (art. 2.2 Reglamento).

La Dirección Nacional, sin embargo, puede mantener aquellas funciones que en la práctica no sea posible cumplir a través de las Direcciones Regionales (art. 2.3 Reglamento). De acuerdo al art. 1° transitorio del Reglamento, la Dirección Nacional, a través de su Unidad de Adopción, continuará desarrollando funciones operativas contempladas en los programas de adopción mientras no se creen en todas las Direcciones Regionales Unidades de Adopción que deberán asumir en definitiva esas funciones<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Hay una antinomia entre el art. 6.4 de la ley y los arts. 18.2 y 31 del Reglamento. Para ambos cuerpos jurídicos el plazo es de treinta días, pero mientras para la ley se trata de días corridos (se aplica la regla general a falta de norma especial), para el Reglamento son días hábiles (por el art. 31 que da ese carácter a los plazos que señale el Reglamento). Entendemos que debe primar, en razón de su jerarquía, la norma legal.

<sup>26</sup> Cfr. Informe Comisión de Constitución H. Senado, de 21 de octubre de 1998.

<sup>27</sup> El art. 1° transitorio del Reglamento se remite “al artículo 7 de esta normativa”, pero se trata de un error. La remisión debe entenderse hecha al art. 6 del Reglamento, que es el que menciona el contenido de los programas de adopción.

## c) Contenido

El programa de adopción debe contemplar los puntos siguientes:

- 1º) Apoyo y orientación a la familia de origen, entendiendo por tal los ascendientes o consanguíneos más próximos y, a falta de ellos, a quienes tienen bajo su cuidado al menor<sup>28</sup>.
- 2º) Recepción y cuidado del menor<sup>29</sup>.
- 3º) Evaluación técnica de los adoptantes. El Reglamento agrega que la evaluación debe hacerse desde el punto de vista físico, mental, psicológico y moral, y que además el programa debe contemplar también la certificación de la idoneidad de los postulantes (art. 6 letras c y d Reglamento)<sup>30</sup>.
- 4º) Preparación de los solicitantes como familia adoptiva (art. 7 ley Nº 19.620). Se insiste que este proceso debe estar guiado por el interés superior del menor con preferencia al legítimo pero secundario interés de la familia que intenta adoptar (art. 11 Reglamento). Este proceso tiene por objeto brindar apoyo y asesoría a los padres adoptivos desde que se incorporan al proceso hasta que sean considerados como alternativa de familia para un menor (art. 12 Reglamento).

El Reglamento añade además la propuesta de los postulantes al Tribunal y gestiones vinculadas al encuentro entre estos y el niño a adoptar; el seguimiento del caso, la asesoría y apoyo al adoptado que desee conocer antecedentes de su familia de origen, y cualquier otra actividad relacionada con los objetivos del organismo (art. 6 letras f, g, h, i Reglamento)<sup>31</sup>.

No hay impedimento legal para que el mismo organismo asista a la familia biológica y a los interesados en adoptar. Quizás hubiera sido conveniente evitar la doble función, ya que es difícil que no haya peligro de presionar sea en un sentido o en otro, cuando se asesora a dos partes interesadas en el mismo menor. No obstante, los legisladores pensaron que no había mayores reparos en que la atención de la madre biológica pudiera ser asumida por la misma institución interesada en la adopción de su hijo, "desde el momento en que podrá establecerse que lo hagan en forma separada, desvinculando la actividades que realizarán con unos y otros"<sup>32</sup>.

El Reglamento ha venido a cumplir esta aspiración de los parlamentarios, al disponer que "cada organismo acreditado deberá disponer, sujeto a la supervisión técnica del Servicio Nacional de Menores, las medidas tendientes a velar por la estricta separación de las actividades destinadas a brindar orientación y apoyo a la familia de origen del menor, respecto de aquellas vinculadas a la selección y preparación de postulantes a adopción, así como de las actividades relacionadas con el cuidado y protección del menor" (art. 7 Reglamento). Debe entenderse que la norma se aplicará también a las Unidades de Adopción del Sename que realicen programas de adopción.

<sup>28</sup> El Reglamento establece los criterios generales sobre esta actividad, enfatizando que esta labor tiene como objetivo fundamental constatar si la familia de origen podría procurar al menor los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades; y garantizar la plena conciencia y responsabilidad sobre la decisión de entregar en adopción un menor y sus consecuencias, así como la preparación para la búsqueda que a su respecto pueda emprender el menor adoptado en una edad futura (art. 8 Reglamento).

<sup>29</sup> El Reglamento encarga a los organismos que se hagan cargo de menores que soliciten o cooperen para que el Tribunal competente pueda declararlos en estado de ser adoptados. Igualmente se prescribe la necesidad de acumular el máximo de información sobre la procedencia y caracteres del menor para así seleccionar, en su caso, como familia adoptiva, la que mejor responda a sus características y necesidades (art. 9 Reglamento).

<sup>30</sup> El Reglamento prevé que la Dirección Nacional del Sename elaborará las pautas técnicas a las que deberán ceñirse estas evaluaciones, y entre tanto exige que los organismos acreditados exijan los antecedentes que se indican especialmente (art. 10 Reglamento).

<sup>31</sup> La letra i) del art. 6 del Reglamento señala que las actividades no especificadas pueden ser desarrolladas "previa autorización de la entidad acreditadora, en caso de no constar en el convenio respectivo". El texto es oscuro y parece corresponder a los restos de alguna versión anterior de la norma, ya que no existe en la normativa publicada ningún convenio de acreditación, ni tampoco entidades acreditadoras distintas del Sename.

<sup>32</sup> Informe Comisión de Constitución H. Senado, de 21 de octubre de 1998.

### 3.4. Registros relativos a la adopción

El Sename, en conformidad con el art. 5 de la ley N° 19.620 y los arts 4 y 5 del Reglamento debe llevar dos registros: el registro de menores susceptibles de ser adoptados y el registro de personas interesadas en adoptar.

#### 1º) Registro de menores susceptibles de ser adoptados:

En la discusión parlamentaria se desechó la idea de que los menores sin filiación determinada fueran automáticamente incluidos en el registro de personas susceptibles de ser adoptadas. De esta manera, solo los menores cuya situación irregular ha sido constatada judicialmente podrán ser incluidos en el registro. El Reglamento precisa que el registro de menores se formará sobre la base de resoluciones o certificaciones que acrediten que el menor ha sido entregado a la adopción voluntariamente por sus padres, y de las sentencias que declaren su adoptabilidad (art. 5.1 Reglamento). La eliminación de un menor de un registro debe ser hecha únicamente por orden judicial (art. 5.2 Reglamento).

#### 2º) Registro de personas interesadas en adoptar: En este registro se distinguirá si los posibles adoptantes son matrimonios con residencia permanente en Chile, matrimonios con residencia en el extranjero, o solteros o viudos chilenos con residencia permanente en Chile (art. 4.1 Reglamento). Para ingresar al registro las personas deben haber sido evaluados como idóneos por el Sename o por algún organismo acreditado (art. 4.1 Reglamento)<sup>33</sup>. Las personas interesadas deben permanecer en el registro hasta el término del proceso de adopción, y solo pueden ser eliminados por orden judicial (art. 4.3 Reglamento)<sup>34</sup>.

La existencia de estos registros se concibe como un “elemento disuasivo del tráfico de niños y la comisión de irregularidades”, además de su “efecto informativo, que permitirá relacionar con mayor facilidad los menores que pueden ser adoptados con las personas que están interesadas en la adopción”<sup>35</sup>. El registro es solo un instrumento de apoyo a la adopción, de manera que la falta de registro del menor o de los interesados en adoptarlo no impide por sí mismo la adopción (art. 5 ley N° 19.620).

### 3.5. Derecho a intervenir judicialmente

El Sename y los organismos acreditados pueden hacerse parte en todos los asuntos judiciales relativos a la adopción, en defensa de los derechos del menor.

Esta facultad puede ejercerse hasta que surta efectos la adopción, esto es, hasta la inscripción de nacimiento del adoptado como hijo de los adoptantes (37.2 ley N° 19.620).

También pueden intervenir como parte en los juicios de nulidad de la adopción (art. 4 ley N° 19.620).

En las gestiones o procesos existe una agilización de los trámites cuando el Sename o algún organismo acreditado se ha hecho parte (v. gr. art. 9.3° ley N° 19.620).

## 4. EL ADOPTADO

### 4.1 ¿Quiénes pueden ser adoptados?

Solo pueden ser adoptados los menores de edad que se encuentren en alguna de las siguientes tres situaciones:

<sup>33</sup> Se previene que los organismos acreditados y las Direcciones Regionales del Sename deben informar mensualmente a la Dirección Nacional las postulaciones evaluadas como idóneas (art. 4.2 Reglamento).

<sup>34</sup> El Reglamento obliga a las Direcciones Regionales del Sename y a los organismos acreditados a conservar la información relativa a las personas que abandonen el proceso de postulación o que resulten desaprobadas como eventuales padres adoptivos (art. 4.4 Reglamento). No se precisa el tiempo por el cual es exigible la conservación.

<sup>35</sup> Cfr. Informe Comisión de Constitución H. Senado, de 21 de octubre de 1998.

- 1º) Si los padres consienten en su entrega en adopción siempre que no se encuentren capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él y así se acredita judicialmente (art. 8.a ley N° 19.620).
- 2º) Si el menor es descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes (art. 8.b ley N° 19.620).
- 3º) Si el menor ha sido declarado susceptible de ser adoptado por resolución judicial (art. 8.c ley N° 19.620).

#### 4.2. *Gestiones judiciales previas relacionadas con el adoptado*

##### a) Cuestiones generales

###### a.1) Competencia

Es competente el juez de letras de menores del domicilio del menor que tenga competencia en materias proteccionales.

Si el menor se encuentra bajo el cuidado del Sename o de un organismo acreditado, se considerará domiciliado en el domicilio de la institución. De este modo evitan las incertidumbres sobre si respecto de estos menores debía aplicarse el domicilio legal, esto es, el de sus padres biológicos (art. 72 CC).

Se exceptúa el caso de que algún tribunal haya adoptado una medida de protección, caso en el cual este será competente (art. 19 ley N° 19.620).

Si hubiere procesos de protección incoados en relación con el menor, el juez debe ordenar agregarlos a los autos (art. 19.3 ley N° 19.620).

###### a.2) Procedimiento

Se debe seguir el procedimiento establecido para cada caso en los arts. 9 a 17 de la ley N° 19.620, y en lo no previsto se aplicarán las normas de la ley N° 16.618, Ley de Menores (art. 2 ley N° 19.620)

###### a.3) Opinión y consentimiento del menor

Si se trata de un impúber, el juez debe tener debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez (art. 3.1 ley N° 19.620)<sup>36</sup>.

Si es un menor adulto, es necesario su consentimiento expreso manifestado ante el juez en relación a la posibilidad de ser adoptado. En caso de negativa el juez dejará constancia de las razones que invoque el menor.

Excepcionalmente, puede el juez proseguir el procedimiento, si así lo resuelve fundadamente y por motivos sustentados en el interés superior del menor (art. 3.2 ley N° 19.620).

##### b) Gestión judicial para acreditar la voluntad de entrega y la inhabilidad de los padres biológicos

###### b.1) Inicio del procedimiento:

El proceso debe iniciarse por declaración de al menos uno de los padres.

<sup>36</sup> Aunque en el proyecto del Ejecutivo se establecía que debía oírse a los niños mayores de siete años, finalmente se decidió seguir un criterio abierto en conformidad con el art. 12 de la Convención sobre Derechos del Niño, ya acogido por el nuevo art. 242 del Código Civil.

### b.2) Citación del otro padre

Si comparece solo uno de los padres, debe citarse personalmente al otro. La citación se hace bajo apercibimiento de presumirse la voluntad de entregar al hijo en adopción. En caso de no concurrencia, debe citarse por segunda vez. Los plazos que se contemplen en las citaciones no pueden exceder en su conjunto de sesenta días.

Si el padre citado no comparece, será suficiente la voluntad del compareciente.

Si el otro padre hubiere fallecido o estuviere imposibilitado de manifestar su voluntad, bastará también la declaración del otro (art. 9.1 ley N° 19.620). Debe tenerse presente que la norma no permite consumir el trámite de adoptabilidad con la sola voluntad de uno de los progenitores cuando el otro se encuentre imposibilitado de expresar su voluntad, pero permite la continuación del trámite y su conclusión en caso de que se acredite que ambos padres son incapaces de brindarle al menor el cuidado que necesita.

No obstante, la norma merece críticas. En efecto, la simple imposibilidad de expresar la voluntad, normalmente por enfermedad, no parece suficiente para privar a una persona de su hijo. No procede declarar la adoptabilidad en caso de imposibilidad de manifestación de voluntad de uno de los progenitores, menos cuando el que desea la adopción la solicita en su propio beneficio (adopción del descendiente) y de un tercero con el que se encuentra ahora casado. No parece suficiente señalar que además debe acreditarse la incapacidad de proporcionar el cuidado necesario, ya que si la persona está enferma es evidente que no podrá hacerlo pero sin ninguna culpa de su parte. Pensamos que lo más prudente hubiera sido en este caso remitir el asunto a las causales en las que puede declararse la adoptabilidad, ya no por la voluntad de los padres, sino por la situación de abandono o desamparo de que trata el art. 12 de la ley N° 19.620.

### b.3) Informes

El juez debe requerir informes para acreditar que los padres no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente del menor. Debe indicar un plazo para su evacuación, que no excederá de treinta días (art. 9.2 ley N° 19.620). También debe oír al Sename si la gestión no es patrocinada por ese servicio o alguno de los organismos acreditados (art. 9.3 ley N° 19.620).

### b.4) Resolución

El juez debe resolver dentro de los treinta días siguientes a la realización de la última diligencia si se cumplen antes del plazo señalado para ellas. Si se vence el plazo sin que se cumplan, debe fallar dentro de los treinta días, prescindiendo de las diligencias que no se hayan evacuado (art. 9 ley N° 19.620).

En caso de que no falle dentro de plazo, se entenderán comprobada la voluntad de entrega y la inhabilidad de los padres biológicos, siempre que la gestión estuviere patrocinada por el Sename o por un organismo acreditado. En tal caso, el secretario debe certificar este hecho, a petición verbal del interesado (art. 9 ley N° 19.620). Queda la duda de quién es el interesado si en esta gestión no se admite la intervención de los adoptantes.

La perentoriedad de la ley para tener por no decretadas las medidas o cumplidos los requisitos pasados ciertos plazos tiene su explicación en el deseo del legislador de imprimir mayor celeridad a los trámites de la adopción. Pero estas normas tan rígidas pueden en la práctica tener una externalidad negativa. En efecto, puede suceder que los jueces viéndose sobrepasados por el número de expedientes que les toca resolver, se apresuren a cumplir los plazos pero denegando la adopción por no haberse cumplido los requisitos. La práctica nos dirá si las sanciones por el transcurso de los plazos eran razonables o no.

### b.5) Inscripción

La sentencia o la certificación del secretario, en su falta, deben ser comunicadas al Sename para que se inscriba al menor en el Registro de personas que pueden adoptarse (art. 9 inc. final ley N° 19.620).

### b.6) Entrega en adopción del menor concebido no nacido

La ley ha considerado que el proceso puede iniciarse aunque el menor no haya nacido (art. 10. 1 ley N° 19.620). Se entiende que debe estar al menos concebido. Se exige que la gestión sea patrocinada por el Sename o por un organismo acreditado (art. 10. 1 ley N° 19.620).

En todo caso, y aunque se hayan realizado todas las gestiones necesarias, se requiere que la madre ratifique su voluntad dentro del plazo de treinta días después del parto. Si ratifica, el juez debe resolver en los quince días siguientes. Si no ratifica, se la debe tener por desistida. Si fallece antes, bastará la expresión de voluntad anterior (art. 10. 2,3 y 4 ley N° 19.620).

Nada dice la ley sobre el rol del padre biológico que se le supone *a priori* no interesado en asumir la paternidad. Esta presunción no puede generalizarse. Si el padre reconoce al hijo antes del nacimiento o luego de nacer, no podrá bastar la voluntad de la mujer para consumar la declaración de adoptabilidad, si él no consiente.

Aunque la ley se encarga de hacer presente que la mujer “no podrá ser objeto de apremios para que ratifique”, debe criticarse esta opción que solo puede entenderse en la lógica de que la mujer ya ha convenido previamente su entrega, y se verá coaccionada psíquica y materialmente a que entregue su hijo.

La norma va en contra de la tendencia que previene que la mujer no puede entregar al hijo inmediatamente después del parto, sino después de un plazo prudente que impida que obre irreflexivamente y agobiada por posibles trastornos psicológicos derivados del parto. Así el Código Civil español dispone que el asentimiento de la madre “no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto” (art. 177).

La disposición fue objeto de controversia durante la tramitación legislativa. Tanto la Asociación Nacional de Magistrados de Menores, como la Fundación Chilena de la Adopción y la Fundación San José para la Adopción Familiar Cristiana hicieron ver que la disposición era altamente inconveniente por representar un estímulo para la “venta” de menores. No obstante, los representantes del Ejecutivo hicieron ver que la norma podría ser útil para evitar el aborto y que la participación de la mujer embarazada en los programas de adopción le permitiría recibir un importante apoyo para el nacimiento de la criatura, que le podría llevar finalmente a decidir no entregar al hijo en adopción. Los legisladores se manifestaron concordes con la argumentación del Ejecutivo<sup>37</sup>.

Aunque llamativo, el argumento de evitar el aborto y el apoyo a la mujer embarazada es feble. No parece sostenible, en efecto, hacer depender la asistencia a la mujer embarazada su incorporación a programas de adopción que le permitan decidir correctamente, de que haya solemnemente concurrido a los tribunales a manifestar la voluntad de entregar en adopción al niño. ¿Se le negará esto a las mujeres que están dudosas y no quieren expresar esa voluntad por anticipado? Por supuesto que no. La norma entonces no representa utilidad adicional alguna a las mujeres embarazadas, y como lo hacían ver las instituciones que más cerca están con la realidad de la adopción, las coloca en el riesgo de verse involucradas en un proceso del que después no tengan las fuerzas ni la preparación suficiente para salirse.

<sup>37</sup> Cfr. Informe Comisión de Constitución H. Senado, de 21 de octubre de 1998.

La ley N° 19.620, a nuestro juicio, no se ajusta a la Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional (Convenio de La Haya), ya que esta exige que se acredite que “el consentimiento de la madre, cuando fuere exigido, ha sido otorgado solo después del nacimiento del niño” (art. 4, c). En el caso que tratamos, la ley N° 19.620 permite que el consentimiento se otorgue antes del nacimiento (el acto posterior no es el otorgamiento del consentimiento sino únicamente una confirmación que lo vuelve irrevocable<sup>38</sup>). Debe entenderse entonces que, en todo caso, este supuesto no podrá aplicarse para las adopciones por personas no residentes, ya que el art. 4 del Convenio de La Haya ha derogado parcialmente lo dispuesto por el art. 10 de la ley N° 19.620. Es significativo en este sentido que el Reglamento de la ley haya ignorado completamente el supuesto.

#### c) Resolución judicial en caso de adopción del descendiente

*No es necesario si se trata de un hijo reconocido solo por el padre o madre que es uno de los cónyuges que quieren adoptar.*

Si el hijo es de filiación matrimonial o ha sido reconocido por ambos padres, es necesario el consentimiento del otro. Debe aplicarse la gestión de citación personal del trámite anterior.

A falta de consentimiento del otro padre o si se opone a la adopción, debe tramitarse el caso como gestión de declaración de persona susceptible de adopción.

*Todas estas normas se aplican en caso de adopción por otros ascendientes distintos del padre o madre del menor (art. 11 ley N° 19.620).*

Debe criticarse que la ley permita la adopción por abuelos (es decir, por ascendientes no progenitores); este tipo de adopción parece destinada en la práctica a servir de pretexto a los abuelos para cubrir la honra de la hija que ha sido madre soltera y parece entonces una especie de legalización de la nociva práctica de “pasar por la libreta” a nietos ilegítimos. Tal adopción constituye un perjuicio serio para el menor, ya que en virtud de ella verá dislocados todos sus lazos parentales: sus abuelos pasan a ser sus padres, su madre pasa a ser su hermana, sus tíos pasan a ser hermanos, sus hermanos pasan a ser sus sobrinos. Lo lógico no es que los abuelos cuiden al niño mediante su adopción, sino que pidan al juez el cuidado personal y le den alimentos como lo que son: abuelos. Es decir, basta con aplicar el art. 226 del Código Civil. Con razón, las leyes modernas prohíben en forma expresa la adopción por ascendientes (así la ley argentina 24.779 de 1997, art. 315).

En todo caso, queda excluida en la ley la adopción de un pariente colateral del menor (por ejemplo, de un sobrino por un tío, o de un hermano por otro).

#### d) Declaración judicial de persona susceptible de ser adoptada

##### d.1) Causales:

Para que proceda la declaración judicial de persona susceptible de ser adoptada, es necesario que sus padres o las personas a cuyo cuidado esté se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:

1º) Inhabilidad física o moral: si los padres o personas a cuyo cuidado esté el menor se encuentren inhabilitados física o moralmente para tener el cuidado personal en conformidad al art. 226 del Código Civil (art. 12.1 ley N° 19.620). El art. 226 establece que el juez puede entregar a terceros el cuidado personal de un menor por inhabilidad de los padres. El art. 42 de la Ley de Menores, N° 16.618, establece situaciones que configuran esta inhabilidad<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Lo que se prueba, además, con el hecho de que si la madre muere sin ratificar, el consentimiento otorgado antes del nacimiento es eficaz (art. 10.3 ley N° 19.620).

<sup>39</sup> En el proceso legislativo se suprimió la exigencia de que la inhabilidad fuera grave y permanente, para evitar las dificultades de interpretación que podrían ocasionar (Informe Comisión de Constitución H. Senado, de 21 de octubre de 1998). A nuestro juicio hubiera sido aconsejable mantener esas expresiones, ya que evitaban privar al menor de sus padres por una inhabilidad meramente transitoria o temporal.

- 2º) Abandono: si dichas personas no le proporcionen atención personal, afectiva o económica durante seis meses. Si fuere menor de dos años, el plazo es de tres meses; si es menor de seis meses, bastarán cuarenta y cinco días. La falta de recursos económicos no constituye causal suficiente (art. 12.2 ley N° 19.620).
- 3º) Exposición: si las referidas personas entregan al menor a una institución de protección de menores o a un tercero, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales (art. 12 ley N° 19.620). Para comprobar este caso la ley recurre a dos presunciones del ánimo de liberarse de las obligaciones legales:
- i) Se presume el ánimo cuando la mantención del menor a cargo de una de una institución o de un tercero no obedezca a una causa justificada, que la haga más conveniente para los intereses del menor.
  - ii) Se presume igualmente si no se visita al menor por lo menos una vez durante seis meses o, si fuere menor de dos años, de tres meses, o, si fuere menor de seis meses, de cuarenta y cinco días. Las visitas deben quedar registradas en la institución. Se evita así que los padres biológicos impidan la adopción nada más por una visita intempestiva e irregular.
- La ley establece, finalmente, que las personas que reciban a un menor en tales circunstancias deben informar al juez competente el hecho de la entrega y lo expresado por el o los padres o por las personas que lo tenían a su cuidado (art. 12 inc. final ley N° 19.620). El juez podrá iniciar el procedimiento de declaración de persona susceptible de ser adoptada, incluso de oficio.

#### d.2) Inicio del proceso

El proceso puede iniciarse:

- 1º) De oficio por el juez (art. 13.1 ley N° 19.620).
- 2º) Por solicitud del Sename (art. 13. 1 ley N° 19.620).
- 3º) Por solicitud de las personas naturales o jurídicas que tengan a su cargo al menor. Si se trata de instituciones públicas o privadas, la solicitud debe ser presentada por sus respectivos directores (art. 13.2 ley N° 19.620).

Si se trata de hijos de filiación no determinada por parte de ninguno de sus padres, la legitimación para iniciar el proceso la tiene el Sename y los organismos acreditados bajo cuyo cuidado se encuentren (art. 13.3 ley N° 19.620). En este caso, por tanto, no procede que el juez actúe de oficio ni tampoco que solicite la declaración la persona natural o jurídica que tenga a su cargo el menor, si esta no tiene la calidad de organismo acreditado en el Sename para actuar en los trámites de una adopción.

#### d.3) Citación de los parientes consanguíneos

Debe citarse a los ascendientes y a los consanguíneos de grado más próximo, bajo apercibimiento de que, si no concurren, se presumirá su consentimiento en la declaración (art. 14. 1 ley N° 19.620).

La citación debe hacerse, por regla general, por notificación personal (art. 14.2 ley N° 19.620).

El tribunal debe decretar las medidas necesarias para determinar el domicilio de los parientes (art. 14.2 ley N° 19.620).

Si después de treinta días no se obtienen resultados positivos de tales diligencias, se ordenará notificación por avisos. El aviso debe ser redactado por el secretario y debe incluir el máximo de datos disponibles para la identificación del menor (art. 14.4 ley N° 19.620). El aviso debe publicarse en el Diario Oficial el día 1º o 15 de cada mes, o el día hábil siguiente si aquel fuese feriado. También debe publicarse por una vez en un diario de circulación

nacional (art. 14.3 ley N° 19.620). La notificación se entiende practicada tres días después de la publicación del aviso (art. 14.4 ley N° 19.620). La publicación en el Diario Oficial será gratuita (art. 14.3 ley N° 19.620), disposición que tiene el carácter de ley de quórum calificado, en conformidad con lo dispuesto en el art. 19 N° 21 de la Constitución.

Los citados disponen del plazo de diez días hábiles para comparecer ante el tribunal (art. 15.1 ley N° 19.620). Si no comparecen, se les considera rebeldes por el solo ministerio de la ley y las siguientes resoluciones les surten efecto desde que se pronuncian (art. 14.5 ley N° 19.620).

#### d.4) Prueba

La ley señala que, si procediere, el juez recibirá la causa a prueba en la forma y por el término previsto para los incidentes (arts. 2 ley N° 19.620, 34 ley N° 16.618 y 686 y 90 CPC). La prueba testimonial tiene lugar en las fechas que fije el tribunal dentro del término probatorio (art. 15.2 ley N° 19.620).

Además, en el auto de prueba el juez puede decretar de oficio las medidas que estime necesarias para verificar los hechos y circunstancias de que el menor es susceptible de ser adoptado (art. 15.3 ley N° 19.620). En especial, debe verificar:

- 1°) la imposibilidad de disponer medidas que permitan la permanencia del menor en su familia de origen.
- 2°) las ventajas que la adopción representa para el menor (art. 15.3 ley N° 19.620). El art. 39 de la ley N° 19.620 dispone que para acreditar la ventaja de la adopción puede bastar el informe de Asistente Social.

Si no se recibe la causa a prueba, el juez puede decretar alguna de las medidas antes indicadas (art. 15.3 ley N° 19.620).

#### d.5) Sentencia

El juez debe dictar sentencia dentro de treinta días concluido el término probatorio o las diligencias del art. 15 ley N° 19.620 (art. 16 ley N° 19.620).

Innecesariamente la ley exige que la sentencia debe ser fundada (art. 16 ley N° 19.620). Según el art. 34 de la ley N° 16.618, la sentencia debe cumplir con los requisitos del art. 171 CPC.

Debe notificarse por cédula a los consanguíneos de grado más próximo que hayan comparecido en el proceso (art. 16 ley N° 19.620).

#### d.6) Recursos

Procede el recurso de apelación en el solo efecto devolutivo (art. 17.1 ley N° 19.620). A nuestro juicio, es discutible que la apelación en este caso no se conceda en ambos efectos, puesto que parece inadecuado permitir la prosecución del proceso de adopción e incluso la misma sentencia, si existe la posibilidad que la resolución que declara la adoptabilidad sea revocada finalmente por la Corte de Apelaciones.

Si se trata de un proceso que no ha sido patrocinado por Sename o un organismo acreditado, si no se interpone apelación, la sentencia debe consultarse al tribunal superior (Corte de Apelaciones) (art. 17.2 ley N° 19.620).

Estas causas gozarán de preferencia para su vista y fallo (art. 17.3 ley N° 19.620).

La apelación se tramita como incidente (art. 37 ley N° 16.618).

#### d.7) Registro

Ejecutoriada la sentencia, el tribunal debe oficiar al Sename para que incorpore al menor en el Registro de personas que pueden ser adoptadas (art. 17.4 ley N° 19.620). No se

exige el envío de la sentencia o partes del proceso, sino únicamente un oficio que contenga los datos necesarios para el registro. Se resguarda de esta manera la confidencialidad de estos trámites<sup>40</sup>.

#### 4.3. *Tuición del menor en estado de ser adoptado*

El juez, en cualquier momento en que el interés del menor lo aconseje, podrá confiar el cuidado personal a quienes hayan manifestado al tribunal su voluntad de adoptarlo y cumplir los requisitos para ser adoptantes. Especialmente aplicará esta regla en los procesos que patrocine el Sename o un organismo acreditado, a las personas que estos propongan (art. 19. 1 ley N° 19.620).

Los menores confiados a estas personas serán causantes de asignación familiar y podrán acceder en esa calidad a los beneficios de las leyes 18.469 (régimen de prestaciones de salud) y 18.933 (prestaciones médicas por Isapres), “y los otros que correspondan” (art. 19.2 ley N° 19.620). También les corresponde asignación familiar si cumplen los demás requisitos del sistema (art. 44 ley N° 16.618)<sup>41</sup>.

Si se trata de adoptantes no residentes en Chile, el juez puede autorizar la tuición en favor de uno de los solicitantes, pero el menor no podrá salir del país sin autorización judicial (art. 35.2 ley N° 19.620).

### 5. LOS ADOPTANTES

#### 5.1. *Posibles adoptantes*

Según la ley pueden ser adoptantes de un menor solo personas naturales que tengan las siguientes condiciones:

- 1º) Cónyuges residentes en Chile.
- 2º) Cónyuges no residentes en Chile.
- 3º) Solteros o viudos residentes en Chile.

#### 5.2. *Cónyuges residentes en Chile*

##### a) Requisitos generales

Se exigen los siguientes requisitos:

- 1º) Chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile.
- 2º) Dos o más años de matrimonio.
- 3º) Mayores de 25 años y menores de 60.
- 4º) 20 años o más de diferencia con el adoptado.
- 5º) Evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por el Sename o algún organismo acreditado (art. 20 ley N° 19.620).

<sup>40</sup> Cfr. Informe Comisión de Constitución H. Senado, de 21 de octubre de 1998.

<sup>41</sup> Se dejó constancia en la Comisión de Constitución del Senado que los menores en este caso serán causante de asignación familiar igual que si fueran hijos de los interesados en adoptarlos, pero para que pueda percibirse la asignación tendrán que cumplirse los demás requisitos legales, “comenzando por que quienes lo reciben bajo su cuidado personal sean ‘beneficiarios de asignación familiar’”(Informe Comisión de Constitución H. Senado, de 21 de octubre de 1998)

Ha sido suprimida la exigencia del art. 24 de la ley N° 18.703 en el sentido de que los adoptantes debían haber tenido al menor bajo su cuidado un tiempo mínimo. Se estimó que este tiempo de prueba de hecho se dará por las facultades que se le otorgan al juez para decretar este cuidado durante las gestiones previas o en el mismo proceso de adopción.<sup>42</sup>

Se ha suprimido la exigencia de que se trate de cónyuges "no divorciados" (art. 21 de la ley N° 18.703). Probablemente se pensó que este requisito quedaba comprendido en el informe de idoneidad que se requiere de forma general.

Igualmente se termina con la posibilidad de que pudieran adoptar en conjunto los integrantes de un matrimonio declarado nulo, como se permitía en el art. 23 de la ley N° 18.703. Debe considerarse acertada esta eliminación, ya que no puede estimarse que los ex cónyuges, aunque hayan tenido antes el cuidado del menor mientras duró el matrimonio, constituyan ahora un hogar adecuado para su desarrollo<sup>43</sup>.

## b) Excepciones

La misma ley contempla algunas excepciones a los requisitos exigidos a los cónyuges. Tales excepciones son:

- 1º) No se exige la duración mínima del matrimonio si uno o ambos cónyuges son infértiles (art. 20.4 ley N° 19.620). Se estimó que en este caso la estabilidad matrimonial puede quedar establecida por el informe de evaluación de los adoptantes<sup>44</sup>. La infertilidad deberá ser acreditada por el correspondiente certificado o informe médico.
- 2º) Los requisitos de edad y de diferencia de edad no son exigibles si se trata de adopción de un descendiente (art. 20.3 ley N° 19.620). La norma amplia implica reconocer que en este caso también queda exento de cumplir con estas exigencias el adoptante no pariente del adoptado<sup>45</sup>. Esto puede generar dificultades porque podría darse el caso de que una mujer de 50 años se case con un varón de 18 años y adopten en conjunto a una hija de 15. ¿Cómo podrá el marido de la madre aparecer como padre pleno de la menor? Pensamos que debió haberse restringido esta excepción solo al adoptante ascendiente, único para el cual se justifica que la ley no contemple ni límites de edad ni rangos de diferencias etarias.
- 3º) El juez puede rebajar, por resolución fundada, los límites de edad o la diferencia siempre que la rebaja no exceda de cinco años (art. 20.2 ley N° 19.620). Queda así despejada la duda que había suscitado el anterior texto del art. 23 de la ley N° 18.703 sobre si el límite de cinco años afectaba solo a la exigencia de la diferencia de edad o también a los límites de edad de los adoptantes<sup>46</sup>.

## c) Caso especial del adoptante premuerto

Puede otorgarse la adopción a los cónyuges, aunque uno de ellos muera antes de la adopción, en dos supuestos:

<sup>42</sup> Cfr. Informe Comisión de Constitución H. Senado, de 21 de octubre de 1998.

<sup>43</sup> La subsistencia de esta posibilidad fue objeto de controversia durante la tramitación de la ley N° 18.703, prevaleciendo finalmente la posición que estaba por mantener la norma para impedir que el niño quedara abandonado. La situación que regula la norma es calificada como "muy delicada" por LARRAÍN ASPILLAGA, María Teresa, *La adopción. Un análisis crítico y comparado de la legislación chilena*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 104. A favor de la norma se pronunciaba RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 1999, N° 657, p. 565, a quien le parece justificada esta excepción por los lazos que ya se han creado entre el matrimonio que se anula y el niño a adoptar.

<sup>44</sup> Cfr. Informe Comisión de Constitución H. Senado, de 21 de octubre de 1998.

<sup>45</sup> Para un texto idéntico que contemplaba el art. 21 de la ley N° 18.793, llegaba a la misma conclusión RAMOS, R., ob. cit., N° 567, p. 566.

<sup>46</sup> En el sentido de que afectaba a ambas, había fallado la Corte de Punta Arenas (*Gaceta Jurídica* 117, p. 60). Cfr. RAMOS, R., ob. cit., N° 657, p. 566.

- 1º) Si se hubiere iniciado la tramitación del proceso de adopción.
- 2º) Si no se ha iniciado el proceso pero el cónyuge difunto había expresado su voluntad y esta se prueba por instrumento público, testamento o por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable. No basta la sola prueba de testigos (art. 22 ley Nº 19.620).

### 5.3. *Cónyuges no residentes*

Se aplican los requisitos de los cónyuges residentes, pero el juez no tiene facultad para rebajar el límite de edad ni la diferencia de edad entre adoptantes y adoptado. Se aplica también la adopción por persona fallecida (art. 31 ley Nº 19.620).

A los efectos de constatar la idoneidad de los interesados no residentes, si estos no cuentan con el patrocinio de un organismo extranjero acreditado en Chile, aquellos deben remitir previamente al Sename o a un organismo nacional acreditado los antecedentes que la ley ordena presentar junto con su petición de adopción en el Tribunal según el art. 32 de la ley Nº 19.620. (art. 28 Reglamento).

Si optan por el Sename pueden enviar los antecedentes a la Unidad de Adopción de la Dirección Nacional o a alguna Unidad de Adopción regional. La oficina que reciba la documentación procederá a evaluar la idoneidad de los interesados y proporcionará la información necesaria a las demás de modo que los no residentes puedan ser considerados como eventuales padres adoptivos en cualquiera de ellas (art. 29 Reglamento).

### 5.4. *Persona soltera o viuda*

La ley admite que acceda a la adopción una persona individual, siempre que no esté actualmente casada. Se le exigen los siguientes requisitos:

- 1º) Que sea una sola persona: No se admite la adopción por parejas de convivientes<sup>47</sup>.
- 2º) Que sea chilena.
- 3º) Que tenga residencia permanente en el país.
- 4º) Que haya sido evaluada como idónea por el Sename o algún organismo acreditado.
- 5º) Que haya participado en un programa de adopción.

Se aplican también los mismos rangos de edad y de diferencia de edad con el menor que se pretende adoptar (art. 21 ley Nº 19.620).

Este acceso a una adopción "plena" a personas "solas" es un rompimiento con nuestra tradición jurídica. De alguna manera, el legislador se vio forzado a abrir esta posibilidad a los solteros como resultado de la opción de eliminar la adopción simple y la adopción común. Como ya lo hemos señalado, esta eliminación no ha sido conveniente para los menores. En este punto, ha ocasionado que un niño pueda ser adoptado por una persona sola e insertado en una familia monoparental que no puede ser el modelo ideal para atribuir la eficacia radical de la adopción que reemplaza un estado civil por otro. Hay que pensar que el menor adoptado pasará a considerarse hijo no matrimonial del o la adoptante e hijo de filiación no determinada respecto del otro progenitor, y estará así en peor condición que el hijo no matrimonial biológico, ya que nunca podrá determinar su filiación respecto de ambos padres.

<sup>47</sup> La Comisión de Constitución del Senado aprobó una norma que empleaba la expresión "chilenos solteros o viudos" en plural (art. 20). Ante la inquietud que manifestamos varios, entre ellos la profesora Carmen Domínguez Hidalgo y el autor de este trabajo, en el sentido de que el tenor literal del texto proyectado permitía la adopción conjunta por personas no casadas, fueran o no del mismo sexo, la Comisión Mixta corrigió la norma para disponer que se permitía la adopción a "una persona soltera o viuda". Se lee en el informe la clara intención del legislador en este tema: "De esta forma... se impide que soliciten la adopción parejas que carecen de vínculo conyugal o, incluso, que estén compuestas por personas de un mismo sexo" (Informe de 1º de junio de 1999).

Los legisladores invocaron en apoyo de esta apertura de la adopción que era mejor que el niño tuviera una familia monoparental a que permaneciera en una institución de protección de menores<sup>48</sup>. Pero se trata de un dilema artificial, creado por haber suprimido la adopción simple y la adopción común, que en general eran las figuras utilizadas por personas solas y que no tenían el perjuicio de suprimir los derechos filiativos que tuviera el menor respecto de su familia biológica. No parece que con el cambio se haya favorecido ni al menor ni a las personas solteras, ya que estas solo podrán ser consideradas como potenciales adoptantes cuando no exista matrimonio interesado, sea residente en Chile o en el extranjero.

### 5.5. *Preferencia entre posibles adoptantes*

En primer lugar se preferirá a los cónyuges residentes en Chile por sobre los cónyuges no residentes (art. 30.1 ley N° 19.620). Por excepción, se puede preferir a los no residentes “si median razones de mayor conveniencia para el interés superior del menor”. Estas razones deben exponerse fundadamente en la resolución que reciba a tramitación la solicitud (art. 30.2 ley N° 19.620)<sup>49</sup>.

En segundo lugar, se preferirá a los cónyuges no residentes en Chile. Para que la adopción proceda, el Sename debe certificar que no existen matrimonios residentes en Chile interesados en adoptar sobre la base del registro de personas interesadas (art. 30.1 ley N° 19.620). El Reglamento encomienda esta certificación al Director Nacional del Sename o a la persona en quien este delegue esta función. El plazo para emitir el certificado es de 10 días desde que se solicite, pero si son necesarios antecedentes adicionales y estos se solicitan en el plazo de tres días desde que se requirió el certificado, el plazo para evacuarlo corre desde que se reciben esos antecedentes (art. 27 Reglamento)<sup>50</sup>.

Solo a falta de matrimonios, procede la adopción por persona soltera o viuda (art. 21.1 ley N° 19.620). Entre varios solteros o viudos, el tribunal preferirá a quien sea pariente consanguíneo del menor, y, en su defecto, a quien lo tenga bajo su cuidado personal (art. 21.3 ley N° 19.620). Esta prelación pone de relieve que la aceptación de la adopción por solteros o viudos no reviste los caracteres de consagración de una suerte de familia matrimonial como equivalente a la familia fundada en el matrimonio. Tanto el Ejecutivo como el Congreso dejaron constancia que, considerando el interés del menor, “ha de privilegiarse la adopción por un matrimonio”<sup>51</sup>.

## 6. EL PROCESO JUDICIAL DE ADOPCION

### 6.1. *Procedimiento aplicable a adoptantes residentes en Chile*

#### a) Cuestiones generales

##### a.1) Competencia:

Es competente el juez de letras de menores del domicilio de los adoptantes (art. 23.1 ley N° 19.620).

<sup>48</sup> Cfr. Informe de la Comisión Mixta, de 1° de junio de 1999: “De esta forma, por una parte, se corrobora el criterio de que, ante la inexistencia de un matrimonio que pueda acoger a un menor, es preferible que se le brinde una relación uniparental a que permanezca en una institución de protección de menores...”.

<sup>49</sup> La Comisión de Constitución del Senado dejó constancia de que el hecho de que el matrimonio residente en Chile tenga la tuición del menor debe ser un elemento de juicio que el tribunal “deberá ponderar debidamente al momento de determinar la mayor conveniencia para aquel” (Cfr. Informe Comisión de Constitución H. Senado de 21 de octubre de 1998).

<sup>50</sup> Igualmente, debería aplicarse ese plazo desde el momento en que conste en que los antecedentes solicitados no serán obtenidos por alguna razón justificada. De lo contrario se puede menoscabar los intereses de estas personas en adoptar un menor chileno.

<sup>51</sup> Cfr. Informe Comisión de Constitución H. Senado, de 21 de octubre de 1998.

#### a.2) Procedimiento

Se aplica un procedimiento no contencioso, donde no se admite oposición. Las cuestiones que se susciten se sustancian en cuaderno separado (art. 23.2 ley N° 19.620).

En lo no previsto se aplican las normas de la ley de menores, ley N° 16.618 (art. 2 ley N° 19.620). No se aplica el art. 34 de esta ley en cuanto permite la posibilidad de que el proceso se convierta en contencioso por oposición. El legislador quiso eliminar esta posibilidad por cuanto se supone que la eventual controversia que pudiera plantear la adopción de un menor debiera haberse conocido y resuelto en los trámites previos relativos a la declaración de adoptabilidad<sup>52</sup>.

#### a.3) Reserva de los trámites

Todas las tramitaciones, tanto judiciales como administrativas y la guarda de documentos, serán reservadas (art. 28.1 ley N° 19.620).

Esta reserva no se opone a que se otorguen certificaciones por parte del tribunal a los solicitantes, para impetrar derechos que les correspondan o realizar actuaciones en beneficio del menor que tienen bajo su cuidado personal (art. 28.2 ley N° 19.620). Esta norma se incorporó para eliminar la práctica que algunos juzgados de menores habían introducido en orden a entregar certificados solo cuando los adoptantes renunciaran a la reserva legal<sup>53</sup>.

Por excepción, no se aplica la reserva si los interesados así lo piden en la solicitud de adopción. En este caso la sentencia debe dejar constancia de esto (art. 28.1 ley N° 19.620).

El Reglamento aclara que la reserva de los trámites administrativos incluye la información concerniente a los niños que permanezcan en establecimientos de protección vinculados a Programas de Adopción, así como las gestiones que se realicen a fin de solicitar la declaración de que un niño es susceptible de ser adoptado (art. 33 Reglamento).

#### a.4) Opinión y consentimiento del menor

Se aplican las mismas reglas que para los procedimientos previos a la adopción. Es decir, si el menor es impúber el juez debe tomar en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez (art. 3.1 ley N° 19.620). Si es menor adulto se requiere el consentimiento expreso y judicial (ante el juez) respecto de la solicitud presentada por "el o los interesados" (los adoptantes). Solo por excepción el juez puede resolver proseguir el procedimiento de adopción contra la voluntad del menor adulto, si así lo resuelve fundadamente y por motivos sustentados en el interés superior de aquel (art. 3.2 ley N° 19.620).

#### a.5) Reunión de hermanos susceptibles de adopción

La ley señala que si dos o más menores susceptibles de ser adoptados son hermanos, el juez procurará que los adopten los mismos solicitantes (art. 23.5 ley N° 19.620).

#### a.6) Tuición del menor

El tribunal puede otorgar la tuición a los solicitantes desde que el proceso aparezcan antecedentes suficientes. Adoptará también las medidas pertinentes para establecer la adaptación a su futura familia (art. 24.3 ley N° 19.620). Se aplica también al menor adoptado por personas no residentes en Chile, pero sin que pueda salir del territorio nacional sin autorización judicial (art. 35.2 ley N° 19.620).

<sup>52</sup> Cfr. Informe Comisión de Constitución H. Senado, de 21 de octubre de 1998.

<sup>53</sup> Cfr. Informe Comisión de Constitución H. Senado, de 21 de octubre de 1998.

Esta tuición puede tener término:

- 1º) Por decisión del juez, en cualquier etapa del procedimiento, cuando así lo estime necesario para el interés superior del menor;
- 2º) Por el solo ministerio de la ley cuando el juez deniegue la solicitud de adopción. La sentencia dejará constancia de este hecho y debe disponer la entrega del menor a quien se confíe su cuidado en lo sucesivo (art. 24.4 ley N° 19.620).

#### b) La solicitud de adopción

La solicitud de adopción debe ser firmada por todas las personas cuya voluntad es requerida, según los distintos casos, en presencia del secretario del tribunal. El secretario debe certificar la identidad de los solicitantes (art. 23. 3 ley N° 19.620).

A la solicitud deben acompañarse los documentos que identifican al menor y que establecen su calidad de persona que puede ser adoptada, además del informe de evaluación de idoneidad de los solicitantes (art. 23.4 ley N° 19.620). Deberá acompañarse también el certificado de permanencia definitiva, otorgado por la autoridad competente, para acreditar la residencia en el país (art. 32 Reglamento).

Nos parece que para que se dé trámite a la solicitud el menor debe tener menos de 18 años, ya que así se desprende del encabezamiento del art. 8 de la ley N° 19.620: "Los menores de 18 años, que pueden ser adoptados...". Es obvio entonces que la menor edad debe existir al momento de constituirse la adopción, y no solo a la hora de declarar la adoptabilidad.

#### c) Tramitación de la solicitud de adopción

##### c.1) Examen de admisibilidad

Recibida la solicitud, el juez debe verificar el cumplimiento de los requisitos legales. En caso de encontrarla conforme, la admitirá a trámite (art. 24.1 ley N° 19.620). Si la declara inadmisibile, esta resolución es apelable, de acuerdo con el art. 37 de la ley N° 16.618, ya que estaremos frente a una resolución que hace imposible la continuación del proceso.

##### c.2) Diligencias probatorias

En la misma resolución en la que se admite a trámite la solicitud el juez decretará de oficio las diligencias necesarias para comprobar las ventajas y beneficios que la adopción reporta al menor (art. 24.1 ley N° 19.620).

Debe ordenar agregar al proceso de adopción, la causa tramitada en conformidad con el art. 8 letras a o c ley N° 19.620, esto es, entrega voluntaria del menor por parte de sus padres y declaración de persona susceptible de ser adoptada (art. 24.2 ley N° 19.620).

Puede también, si lo estima necesario, decretar medidas que permitan complementar la evaluación de idoneidad de los adoptantes (art. 24.1 ley N° 19.620).

Las medidas decretadas deben cumplirse dentro del plazo de sesenta días. Si no se cumplen, se tendrán por no decretadas y el tribunal deberá dictar sentencia sin más trámite (art. 24.3 ley N° 19.620).

##### c.3) Sentencia

La sentencia debe dictarse en el plazo de quince días, desde que se cumplieron las diligencias o desde que se tienen por no decretadas (art. 25.1 ley N° 19.620).

Se debe notificar por cédula a los solicitantes (art. 25.1 ley N° 19.620).

Si deniega la adopción, debe dejar constancia de la extinción de pleno derecho de la tuición que tuvieron los adoptantes, y nominar a la persona que cuidará en lo sucesivo del menor (art. 24.4 ley N° 19.620).

Si acepta la adopción, debe fijar la fecha de nacimiento con la que se inscribirá al menor en el Registro Civil (art. 26.2 ley N° 19.620).

La ley establece varias reglas para que el juez fije la fecha de nacimiento de un modo que más convenga al interés del niño:

- 1°) Si se entrega en adopción a dos o más personas y la diferencia de edad entre ellas es inferior a 270 días, el juez al fijar las fechas de nacimiento de cada una cuidará de que exista entre ellas ese plazo.
- 2°) Si el adoptante tiene hijos con una fecha de nacimiento respecto de la cual la del adoptado presenta una distancia inferior a 270 días, el juez debe nuevamente cuidar fijar una fecha de nacimiento al adoptado que cumpla con ese plazo mínimo.
- 3°) En los dos casos anteriores, si las fechas de nacimiento son muy cercanas, el juez puede fijar la misma fecha para los varios adoptados. Lo mismo debe entenderse para que el juez fije como fecha de nacimiento del adoptado la misma de la del hijo biológico del adoptante.
- 4°) Si el menor nació antes del matrimonio de los adoptantes, el juez, prudencialmente, podrá establecer como fecha de nacimiento una que concilie la edad que aparente el menor con la posibilidad de que hubiere sido concebido por los adoptantes. Esta es una nueva disposición, que no se encontraba en la ley N° 18.703, y que muestra que la filiación matrimonial es considerada como la que mejor se condice con el bienestar y desarrollo del menor<sup>54</sup>.

Todas estas reglas tienden justamente a evitar que se discrimine al menor por el hecho de ser adoptado. No obstante, la ley señala que no se aplicarán si los adoptantes han renunciado a la reserva del proceso de adopción, a menos que pidan expresamente en la solicitud de adopción que ellas se apliquen a pesar de la renuncia (art. 26 N° 2 ley N° 19.620).

#### c.4) Recursos

Procede el recurso de apelación, en ambos efectos. La apelación goza de preferencia para su vista y fallo y se tramita de acuerdo a las reglas de los incidentes (art. 25. 2 ley N° 19.620).

#### d) Ejecución de la sentencia

Los trámites posteriores que deben realizarse son los siguientes:

- 1°) Se oficia al Sename, si el adoptado o adoptantes figuran en los registros, para que se proceda a eliminarlos de ellos.
- 2°) El juez debe officiar también a la Dirección Nacional del Registro Civil y a cualquier otro organismo solicitando el envío de la ficha individual del adoptado y de cualquier otro antecedente que permita su identificación.
- 3°) Se agregan los antecedentes enviados a los autos.
- 4°) Se remite el expediente completo a la Oficina del Registro Civil del domicilio de los adoptantes.
- 5°) Se cancela la antigua inscripción de nacimiento del adoptado. Se deben tomar las medidas administrativas necesarias para mantener la reserva de la anterior identidad del adoptado.
- 6°) Se practica, a solicitud de uno o ambos adoptantes o por un tercero a su nombre, una inscripción de nacimiento en la que el adoptado aparecerá como hijo de los adoptantes. Esta inscripción debe contener las indicaciones del art. 31 de la ley N° 4.808.

<sup>54</sup> La norma se introdujo a propuesta del Servicio de Registro Civil. Cfr. Informe Comisión de Constitución H. Senado, de 21 de octubre de 1998.

Todas estas gestiones deben ser ordenadas por el juez en la sentencia de adopción (art. 26 ley N° 19.620).

La posibilidad de que la inscripción se practique “por un tercero” a nombre de los adoptantes y evitar las inscripciones de oficio por el Registro Civil, tiene por razón el evitar que de la simple lectura de la partida se deduzca que el menor es adoptado. Así el Servicio del Registro Civil podrá practicar la inscripción “a nombre” de los adoptantes<sup>55</sup>.

No especifica la ley cómo se determina el nombre de pila y los apellidos del adoptado. Debe entenderse que si se trata de adopción de cónyuges el adoptado debe llevar los apellidos del padre adoptivo y de la madre adoptiva; si se trata de adoptante singular deberá llevar el apellido de este y aquel que la persona que solicita la inscripción determine. Los nombres de pila serán elegidos por la persona que solicite la inscripción, a menos que ellos vengan ya indicados en la sentencia de adopción a solicitud de los adoptantes.

#### e) Archivo del expediente

El oficial del Registro Civil que practica la inscripción debe enviar los autos a la Dirección Nacional. Esta los enviará al Jefe del Archivo General del Servicio de Registro Civil, quien los mantendrá bajo su custodia en sección separada.

Los autos solo pueden salir por resolución judicial. Igualmente solo por resolución judicial el adoptado y los adoptantes, y los ascendientes o descendientes de estos, pueden obtener copia autorizada de la sentencia o del expediente (art. 27 ley N° 19.620).

### 6.2. Procedimiento aplicable a adoptantes no residentes en Chile

#### a) Cuestiones generales

##### a.1) Juez competente

Es competente el juez de letras de menores correspondiente al domicilio del menor o de la persona o entidad a cuyo cuidado se encuentre (art. 34 ley N° 19.620).

##### a.2) Aplicación de convenciones internacionales

La adopción por no residentes en Chile se sujetará, cuando corresponda, a las Convenciones y a los Convenios Internacionales que la regulen y que hayan sido ratificados por Chile (art. 29 ley N° 19.620). En especial debe considerarse aplicable la llamada Convención de La Haya (Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional) aprobada por Chile mediante D. Sup. N° 1215, de 2 de agosto de 1999, publicado en el Diario Oficial del 4 de octubre de 1999.

Se eliminó del proyecto de ley la exigencia de que los solicitantes tuvieran residencia en un país con que el Estado de Chile haya celebrado un convenio internacional que regule la adopción. En el Senado se estimó, con razón, que esto podía convertirse en un verdadero impedimento a la adopción, atendida la escasez de convenios suscritos en esta materia<sup>56</sup>.

##### a.3) Procedimiento

El procedimiento a aplicar es el mismo establecido para la adopción por personas residentes en Chile, con las normas especiales que contiene el párrafo tercero del título III de la ley (art. 29 ley N° 19.620).

<sup>55</sup> Cfr. Informe Comisión de Constitución H. Senado, de 21 de octubre de 1998.

<sup>56</sup> Cfr. Informe Comisión de Constitución H. Senado, de 21 de octubre de 1998.

b) Solicitud

Junto con la solicitud se deben presentar autenticados, autorizados y legalizados, y traducidos al castellano, una serie de antecedentes que tienden a individualizar al adoptado y sobre todo a corroborar el cumplimiento de los requisitos exigidos a los adoptantes y su idoneidad y confiabilidad (art. 32 ley N° 19.620).

El tribunal no acogerá a trámite la solicitud que no acompañe estos documentos (art. 33 ley N° 19.620).

c) Intervención del Sename o de un organismo acreditado

Si la petición no es patrocinada por el Sename o algún organismo acreditado, el juez en la resolución que admite a trámite la solicitud debe ordenar ponerla en conocimiento del Sename (art. 33.2 ley N° 19.620).

d) Comparecencia personal de los adoptantes

Los solicitantes deberán comparecer al tribunal personalmente cuando este lo estime necesario. La ley ordena al juez disponer al menos una vez durante el proceso la comparecencia personal (art. 35. 1 ley N° 19.620).

Del texto de la ley se deduce que no basta con la comparecencia de uno de los adoptantes. Se exige que ambos padres adoptivos concurren ante el juez, sea conjuntamente o por separado.

e) Ejecución de la sentencia

Para cumplir con los trámites posteriores a la sentencia de adopción, se debe remitir el expediente a la Oficina del Servicio de Registro Civil de la comuna de Santiago (art. 36 ley N° 19.620). Se suprimió la referencia a “la primera circunscripción de la comuna de Santiago” sobre la base de las modificaciones contenidas en la ley N° 19.447 a la organización del Servicio de Registro Civil (art. 24 ley N° 19.447).

f) Seguimiento de la adopción

No se han contemplado normas análogas al art. 46 de la ley N° 18.703 que ordenaba al cónsul respectivo vigilar la constitución de la adopción internacional. Durante el trámite legislativo, el Ministerio de Relaciones Exteriores informó al Senado que no le era posible efectuar en el extranjero una labor de seguimiento del menor adoptado<sup>57</sup>.

Sin embargo, el Reglamento prevé una suerte de seguimiento que es encomendada a organismos extranjeros. Si se trata de un matrimonio que fue patrocinado por un organismo extranjero acreditado en Chile, este mismo organismo debe efectuar el seguimiento (art. 30 letra a Reglamento). Si se trata de un matrimonio que no ha sido patrocinado por un organismo extranjero acreditado en Chile, el seguimiento debería ser efectuado por el organismo gubernamental o privado que haya emitido su informe social de acuerdo con el art. N° 8 del art. 32 de la ley (art. 30 letra b Reglamento). El período de seguimiento tiene un mínimo de un año y se establecen informes semestrales.

<sup>57</sup> Cfr. Informe Comisión de Constitución H. Senado, de 21 de octubre de 1998.

## 7. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN

7.1. *Momento en que se producen los efectos*

La adopción produce sus efectos legales desde la fecha de la inscripción de nacimiento ordenada por la sentencia que la constituye (art. 37.2 ley N° 19.620). Lo mismo se señala respecto de la adopción por cónyuges después del fallecimiento de uno de los adoptantes (art. 22.1 ley N° 19.620).

De este modo, la determinación de la filiación adoptiva, al revés de lo que ocurre con la filiación por naturaleza según el nuevo art. 181 del Código Civil, no opera con efecto retroactivo, sino con efectos *ex nunc*.

Así, por ejemplo, si se trata de un menor que es adoptado por un matrimonio pero en que la adopción se consuma después de la muerte de uno de ellos, el adoptado no podrá pretender derechos en la sucesión abierta antes de la inscripción de la sentencia en el Registro Civil<sup>58</sup>.

7.2. *Atribución de un nuevo estado civil filial*

La sentencia atribuye al adoptado el estado civil de hijo del adoptante o de los adoptantes, en su caso (arts. 1.2 y 37 ley N° 19.620). Cfr. art. 179. 2 ley N° 19.585. Siendo una sentencia judicial que determina el estado civil, sus efectos se producen *erga omnes*<sup>59</sup>.

Aunque la ley se resista a declararlo explícitamente, como las cosas son lo que son y no lo que se dice que son, es evidente que si los adoptantes son casados (incluido el supuesto de cónyuge prefallecido) la filiación del adoptado será matrimonial. Si en cambio el adoptante es persona soltera o viuda el adoptado tendrá la calidad y estado de hijo de filiación no matrimonial. Entendemos que la paternidad o maternidad en este caso debe quedar establecida formalmente como reconocimiento en la inscripción de nacimiento.

Ahora bien, la adopción no solo crea el estado civil de hijo matrimonial o no matrimonial del o los adoptantes, sino que además le atribuye el grado y la relación parental que le corresponde con los demás parientes consanguíneos de los padres adoptivos. Así el adoptado será nieto de los padres de los adoptantes, hermano de sus hijos, sobrino de sus hermanos, etc.

Por otra parte, la atribución del estado civil de hijo y de pariente consanguíneo producirá los derechos y obligaciones entre padres, hijos y demás parientes que existirían de tratarse de una filiación por naturaleza.

7.3. *Extinción de los vínculos biológicos*

Por la adopción se extinguen los vínculos de filiación de origen del adoptado "para todos los efectos civiles" (art. 37.1 ley N° 19.620).

Esta norma presenta dos excepciones:

- 1º) No se aplica a los efectos penales: por ejemplo, si el tipo penal incluye una relación parental se mantiene para estos efectos el parentesco biológico. Esto no significa que pueda inculparse al adoptado o alguno de sus parientes biológicos si al momento de cometer el delito desconocían la relación de parentesco que los unía.

<sup>58</sup> Así se declara expresamente en el Informe de la Comisión de Constitución del H. Senado del 21 de octubre de 1998 respecto de la adopción después de la muerte de uno de los cónyuges adoptantes que al disponerse que produzca efectos desde la inscripción, se señala que "solo desde este momento el adoptado tendrá la calidad de hijo respecto del adoptante que ha fallecido. De esta manera se evitan las dudas que podrían surgir, especialmente en materia sucesoria, al haberse producido la delación de la herencia por la muerte del adoptante".

<sup>59</sup> Así, para la ley anterior, LARRAÍN, M. T., ob. cit., p. 272.

2º) No se aplica al impedimento matrimonial de parentesco (art. 37.1 ley Nº 19.620). Para estos efectos, cualquiera de los parientes biológicos que menciona el art. 5 LMC podrá hacer presente el impedimento ante el Servicio de Registro Civil desde la manifestación del matrimonio y hasta su celebración. El Servicio debe verificar consultando el expediente de adopción (art. 37.1 ley Nº 19.620).

Si no se hace presente, puede después impugnarse el matrimonio de acuerdo con las reglas generales.

Hay casos en los que la extinción completa de los vínculos anteriores resulta perjudicial para el desarrollo personal del mismo menor. Resulta discutible entonces si la regla absoluta debe mantener su rigor o si prevalece el interés superior del niño. Es lo que sucede por ejemplo con el derecho de los abuelos biológicos del menor a visitarlo, a pesar de que haya sido adoptado por su madre y el segundo marido de esta y después de la muerte del primer marido padre biológico de la criatura. Este caso ha sido objeto de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Pau en Francia, por la cual se ha señalado que "la ruptura de los lazos con la familia de sangre es una ficción jurídica destinada habitualmente a proteger al hijo, pero que no puede ser válida y seriamente invocada en contra... del mismo interés del hijo"<sup>60</sup>.

#### 7.4. *Derecho a acceder a la verdad biológica*

La ley permite que cualquier interesado mayor de edad y capaz que tenga antecedentes que le permitan presumir que fue adoptado, solicitar personalmente al Servicio de Registro Civil que le informe si su filiación tiene ese origen (art. 27.3 ley Nº 19.620). El adoptado, los adoptantes y los ascendientes o descendientes de estos pueden pedir copias autorizadas de la sentencia o del expediente, previa resolución judicial. Si los peticionarios no son los adoptantes, la autorización se concederá previa citación de estos, salvo que hayan fallecido (art. 27.2 ley Nº 19.620).

Es evidente que hay aquí un cambio en la finalidad de la norma a lo que establecía la ley Nº 18.703, la cual estaba concebida solo como una excepción a la reserva del proceso que se justificaba únicamente cuando se invocaban motivos calificados, entre los cuales estaba el interés de pedir la nulidad de la adopción fraudulenta<sup>61</sup>. Ahora se trata de un derecho para el adoptado de conocer su calidad de tal, y de allí que si es el adoptado quien solicita al tribunal el acceso al expediente no necesitará probar ningún motivo especial sobre la comprensibilidad de conocer quiénes fueron sus padres biológicos, si ello consta en el expediente. La nueva norma del art. 27 de la ley Nº 18.703 debe interpretarse a la luz del art. 7 de la Convención de Derecho del Niño, que establece como un derecho fundamental del niño el conocer la identidad de sus padres, en la medida que resulte factible<sup>62</sup>. El Reglamento confirma lo anterior, y establece, con buen juicio, que el adoptado, o los demás habilitados para obtener información sobre la adopción consumada, serán asesorados por el organismo acreditado que haya intervenido en la adopción o, a falta de este, por el Sename, los que asumirán el rol de intermediario "a fin de evitar la ocurrencia de conflictos emocionales o minimizar su impacto" (art. 13 Reglamento). Obviamente se trata de una función facilitadora y que, en ningún caso, podría desconocer el derecho a conocer la verdad biológica del adoptado mayor de edad, ni aun a pretexto de los conflictos emocionales que podría implicar su descubrimiento<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Cour d'Appel de Pau, 21 de abril de 1983, en *Recueil Dalloz Sirey*, 1984, pp. 109 y 110. En el caso los abuelos habían tenido el cuidado personal del menor durante el divorcio de sus padres y hasta que la madre obtuviera la tuición por vía judicial.

<sup>61</sup> Cfr. LARRAÍN, M. T., ob. cit., p. 268.

<sup>62</sup> También resulta en favor de esta interpretación lo previsto en el art. 30 de la Convención de La Haya: "Las autoridades competentes de un Estado Contratante se asegurarán de que se conserve la información que tengan en su poder relativa al origen del niño, especialmente, la relacionada con la identidad de sus padres y el historial médico del niño. Se asegurarán de que el niño o sus representantes tengan acceso a dicha información con el asesoramiento adecuado y en la medida que sea autorizado por la ley de ese Estado".

<sup>63</sup> En el programa de adopción los padres que pretenden entregar en adopción un menor deben ser preparados para la búsqueda que posteriormente pueda emprender el menor a su respecto (art. 8.2 Reglamento).

El Sename o los organismos acreditados no pueden prestar esta asesoría sino después que se ha dictado la autorización judicial que les permite conocer los antecedentes de la adopción. Así lo establece el Reglamento, el que además les encarece cautela en el manejo de la información de que dispongan (art. 3 Reglamento).

Puede preguntarse si en el ejercicio de este derecho del adoptado a solicitar información al Registro Civil, y luego el expediente, cabe la representación. En principio, parece tratarse de un derecho personalísimo que no admitiría la representación sea convencional o legal. Solo cabría hacer excepción respecto del curador *ad litem* que se nombre al menor adoptado para que pida en su nombre la nulidad de la adopción fraudulenta o ilícita.

### 7.5. Ejercicio de acciones de filiación respecto de la filiación de origen

En el informe de la Comisión Mixta de Diputados y Senadores se dejó constancia de que el hecho de que la adopción fuera irrevocable, no significaba que el menor quedara impedido para el ejercicio de las acciones de filiación que pudiese corresponderle: "Es dable señalar que una situación distinta de la revocación judicial es la que puede producirse como consecuencia del ejercicio de las acciones de impugnación y de reclamación de la filiación que contemplará el Código Civil, ya que ellas no persiguen que se declare la nulidad de la adopción, aunque, de ser acogidas, esta dejará de producir efectos, en atención a que ninguna persona puede poseer dos órdenes de filiación. Para hacer claridad sobre este punto, la Comisión Mixta acordó dejar expresa constancia de que el hecho de que la adopción sea irrevocable no impide el ejercicio de las acciones de filiación que procedan, ya que responden a lógicas conceptuales diferentes"<sup>64</sup>.

Esta declaración causa perplejidad: ¿cómo pueden compaginarse acciones de filiación tendientes a determinar la filiación por naturaleza si ya el menor tiene como única filiación legalmente establecida la adoptiva? ¿No ha querido el legislador someterse al modelo de la adopción única y de efecto filiativo absoluto?

Es indudable que aquí los parlamentarios se confundieron. Acoger su planteamiento sería dejar sin efecto lo dispuesto claramente en el artículo 37 de la ley que ellos mismos aprobaron sin discusión, esto es, que la adopción confiere el estado civil de hijo de los adoptantes y que "extingue sus vínculos de filiación de origen". Cualquier acción del menor o de terceros que se pretendan sus padres biológicos, tendientes a establecer la filiación por naturaleza y hacer decaer la filiación adoptiva, se enfrentará con este obstáculo insalvable: para la ley ese lazo filiativo ya no existe, se ha extinguido, y carece de objeto tramitar un juicio para establecer algo que jurídicamente no podrá tener efecto alguno.

En conclusión, ni el menor adoptado, ni sus progenitores biológicos, ni sus padres adoptivos, tienen acción ni para impugnar la filiación adoptiva ni para reclamar la filiación de origen<sup>65</sup>.

La ley argentina señala expresamente que no es posible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos ni el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquellos, "con la sola excepción de la que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial..." (art. 327 del Código Civil).

La excepción relativa a los impedimentos matrimoniales no parece que pueda aplicarse a nuestra ley, ya que en tal caso no es necesario tramitar un juicio de filiación, y bastará con aportar la prueba del lazo de sangre ante el Registro Civil, el que puede consultar el expediente de la adopción. En caso de haberse realizado el matrimonio, se aportará esa prueba en el juicio de nulidad.

Las acciones de filiación derivadas de la procreación natural, no obstante, renacerán si se declara la nulidad de la adopción.

<sup>64</sup> Informe de Comisión Mixta, de 1° de Junio de 1999.

<sup>65</sup> Tal vez la única excepción sería la admisibilidad de la acción de reclamación de una filiación para hacer constatar su vigencia antes de la adopción y poder optar a derechos hereditarios deferidos con anterioridad, por ejemplo, por muerte del progenitor biológico en forma previa a la adopción.

## 8. EXPIRACION DE LA ADOPCION

La adopción solo expira por sentencia judicial firme que declare su nulidad.

La nulidad procede cuando la adopción ha sido obtenida por “medios ilícitos o fraudulentos” (art. 38.1 ley N° 19.620). La ley innova al añadir como causal de nulidad la obtención de la adopción por “medios ilícitos”. De esta forma, no será necesario acreditar dolo, esto es, intención de faltar a la ley o hacer injusticia a otro<sup>66</sup>, bastando que se hayan vulnerado normas esenciales de la regulación adoptiva, aun cuando no se logre probar el fraude.

La acción corresponde al adoptado, si es capaz, y si no lo es, debe dársele un curador especial (art. 38 ley N° 19.620).

Es juez competente el juez de letras (aunque la ley no lo dice debe entenderse que es con jurisdicción civil) del territorio en el cual se tramitó la adopción (art. 38.3 ley N° 19.620).

La acción de nulidad caduca en el plazo de cuatro años contado desde la fecha en que el adoptado, alcanzada su plena capacidad, haya tomado conocimiento del vicio que afecta la adopción (art. 38.2 ley N° 19.620).

## 9. VIGENCIA DE LA LEY N° 19.620 Y DERECHO TRANSITORIO

### 9.1. Vigencia de la ley

La ley entró en vigencia simultáneamente con la ley N° 19.585, de 1998, es decir el 27 de octubre de 1999 (arts. 47 ley N° 19.620 y 9 de la ley N° 19.585).

### 9.2. Situación de las personas adoptadas de acuerdo con la ley 7.613 o 18.703

#### a) Adoptados según adopción plena

Se mantiene su situación de hijo legítimo, y ahora pasan a ser hijos de filiación matrimonial de acuerdo a la nueva nomenclatura establecida por la ley N° 19.585 (cfr. art. 179 CC).

#### b) Adoptados de la ley 7.613 o simple de la ley 18.703

##### b.1) Conservación de derechos

Los que tengan la calidad de adoptantes o adoptado de acuerdo con estas normas, continuarán sujetos a los efectos de la adopción previstos en la ley N° 7.613 y en las reglas de la adopción simple de la ley N° 18.703, incluso en materia sucesoria (art. 45.2 ley N° 19.620).

##### b.2) Situación sucesoria del adoptado

Los efectos sucesorios solo son importantes respecto de la adopción de la ley N° 7.613, ya que la adopción simple de la ley N° 18.703 no generaba vocación hereditaria.

La voluntad expresa de los legisladores fue de que se aplicaran al adoptado las mismas normas que regían su situación con anterioridad a la ley N° 19.620. Se dejó constancia así en el Senado que así se “respeta la voluntad que tuvieron los adoptantes –y el adoptado, eventualmente– al momento de constituir la adopción y se traduce, por ejemplo, en cuanto a los derechos hereditarios, que el adoptado mediante la ley N° 7.613, como norma general, solo tendrá derecho a recibir una parte igual a la que haya podido corresponder a un hijo natural, o

<sup>66</sup> Así lo entendía LARRAÍN, M. T., ob. cit., p. 279, para el art. 38 de la ley N° 18.703.

sea, la mitad de lo que corresponde a un hijo legítimo –toda vez que las modificaciones que la ley N° 19.585 introduce en esta materia entrarán en vigor conjuntamente con el proyecto de ley en informe”<sup>67</sup>.

Evidentemente fue un error no hacerse cargo de la forma en que funcionarán los derechos hereditarios del adoptado, ya que el art. 24 de la ley N° 7.613 estaba redactado sobre la base de los anteriores órdenes sucesorios que resultaron alterados sustancialmente con la reforma de la ley N° 19.585.

No obstante, siguiendo la intención de los legisladores, de mantener la situación del adoptado en el mismo estado en que estaría de no haberse derogado la ley N° 7.613, hay que concluir que debe mantenerse la distinción entre sucesión regular (si el causante es hijo matrimonial) o irregular (si el causante es hijo no matrimonial).

En la sucesión regular, en el primer orden el adoptado será considerado como el antiguo hijo natural, es decir, recibirá la mitad de lo que corresponde a un hijo matrimonial (o no matrimonial, ahora igualados) y con un máximo de una cuarta parte de la herencia y de la mitad legitimaria<sup>68</sup>.

En el segundo orden, que se abrirá ante la ausencia de descendientes, el adoptado concurrirá con los ascendientes matrimoniales del causante y su cónyuge. Se aplicará entonces el inc. 2° del art. 24 y la herencia se dividirá en seis partes: tres para los ascendientes, dos para el cónyuge y una para el adoptado<sup>69</sup>. En caso de faltar el cónyuge, la herencia se repartirá por mitades entre el adoptado y los ascendientes por aplicación ahora del antiguo art. 989 del Código Civil (vigente para estos efectos por virtud de la ley N° 19.620).

En el tercer orden sucesorio, que se abrirá al faltar los ascendientes, concurrirá el adoptado con el cónyuge. La herencia se dividirá como lo dispone el anterior art. 990 CC, es decir, por mitades.

A falta de cónyuge, debe abrirse un nuevo orden sucesorio que surge de complementar los derechos del adoptado con los nuevos artículos de los órdenes sucesorios. Así concurrirá el adoptado con los hermanos del causante. La herencia se divide en cuartos: tres cuartos para el adoptado y uno para los hermanos, todo según lo dispuesto en el art. 990 CC, aplicable en su antiguo tenor por mandato del art. 45.2 de la ley N° 19.620<sup>70</sup>.

Si no concurren hermanos, toda la herencia será para el adoptado (art. 990.3 CC antiguo).

Veamos ahora la sucesión irregular. En el primer orden de sucesión se aplica lo ya señalado.

En el segundo orden sucesorio habrá que distinguir si los ascendientes que son llamados son los padres no matrimoniales u otros ascendientes del causante. Si se trata de otros ascendientes, se aplicará la misma regla que para la sucesión regular. En cambio, si se trata de los padres no matrimoniales deberá aplicarse lo dispuesto en el inc. 3 del art. 24 de la ley N° 7.613, es decir, la herencia se dividirá en sextos: tres para los padres, dos para el cónyuge y uno para el adoptado. Si falta el cónyuge y concurren solo padres y adoptado, la herencia se distribuye por mitades.

<sup>67</sup> Informe Comisión de Constitución H. Senado de 21 de octubre de 1998.

<sup>68</sup> Según, ALVAREZ CRUZ, Raúl, *La filiación y otras reformas al Código Civil. Ley N° 19.585*, Alfabetá, Santiago, s.f., p. 122, en el primer orden el adoptado debe considerarse simplemente como hijo y llevar una porción igual a los hijos biológicos. Nos parece que tal interpretación no respeta el texto del art. 45.2 de la ley N° 19.620 ni la intención clara de sus redactores. Además, resulta contradictorio propiciar que el adoptado pasa a ser hijo en iguales condiciones con los biológicos, y a renglón seguido señalar que al adoptado no fija el primer orden de sucesión sino que pasa a concurrir con los ascendientes, como sostiene este autor.

<sup>69</sup> Hay quien afirma que en este orden el adoptado debe llevar un sexto de acuerdo al art. 24 de la ley N° 7.613, pero que los cinco sextos restantes deben dividirse por mitades entre ascendientes y cónyuge por aplicación preferente del nuevo texto del art. 989 (COURT MURASSO, Eduardo, *Nueva Ley de Filiación*, ConoSur, Santiago, 1999, p. 206, nt. 466). En verdad, si aplicaríamos el nuevo texto del art. 989 tendríamos que concluir que los cinco sextos restantes debieran dividirse a su vez en tercios, correspondiendo dos tercios al cónyuge y uno a los ascendientes. Sin embargo, nos parece más concorde con el “espíritu general de la legislación” (art. 24 CC) la aplicación íntegra al caso de la regla del art. 24 de la ley N° 7.613. En el mismo sentido, ALVAREZ, R., ob cit., pp. 123 y 129.

<sup>70</sup> ALVAREZ, R., ob. cit., p. 122, sostiene, sin explicitar sus fundamentos, que a falta de cónyuge y ascendientes el adoptado lleva toda la herencia, excluyendo a los hermanos.

Si faltan ascendientes y concurre solo el adoptante y cónyuge, la herencia se dividirá en mitades por disposición del antiguo art. 993.7 del Código Civil.

Si solo concurre el adoptado, este se llevará toda la herencia con exclusión de los hermanos. En efecto, así lo sostenía la doctrina anterior al señalar que en este caso debía respetarse la regla general del art. 24 de la ley N° 7.613 de que el adoptado se equipara a un hijo natural, y en razón de que, según el antiguo art. 993 CC, los hijos naturales excluyen a los hermanos<sup>71</sup>. Con mayor razón esta conclusión debe afirmarse ahora que, después de la ley N° 19.585, los hijos no matrimoniales (ex naturales) excluyen no solo a los hermanos sino a los ascendientes.

Finalmente, hay que decir que el adoptado no adquiere la calidad de legitimario de conformidad con el inciso final del art. 24 de la ley N° 7.613.

### b.3) Posibilidad de conversión en adopción constitutiva de estado civil

Se puede optar por convertir la adopción común de la ley N° 7.613 o la simple de la ley N° 18.703 en la nueva adopción regida por la ley 19.620, por medio de un pacto acordado entre el o los adoptantes y el adoptado, cualquiera sea la edad de este. Este pacto debe cumplir los requisitos siguientes:

- 1º) Debe constar en escritura pública. Si el adoptado es incapaz debe comparecer por medio de curador especial. Si se trata de la adopción de la ley 7.613 deben consentir las personas que señala su art. 2. Si se trata de adopción simple otorgada a una persona casada no divorciada, se requiere el consentimiento de su respectivo conyuge (art. 45.a ley N° 19.620). Entendemos que el consentimiento en este caso es para acceder a la calidad de adoptante al igual que el otro cónyuge.
- 2º) El pacto debe someterse a la aprobación judicial (art. 45.b ley N° 19.620). El juez competente para conocer de esta aprobación dependerá de la edad del adoptado: si es menor la competencia corresponde al juez de menores; si es mayor de edad, al juez de letras en lo civil<sup>72</sup>.
- 3º) La escritura pública y la resolución judicial deben subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del adoptado, y solo desde esta fecha produce efectos respecto de las partes y de terceros (art. 45.c ley N° 19.620). Se trata obviamente de una inscripción requerida como solemnidad del acto.

Esta conversión es irrevocable, pero puede declararse su nulidad de acuerdo con el art. 38 de la ley N° 19.620. Se amplía la legitimación para ejercer la acción a las personas que tengan actual interés en ella, en el plazo de cuatro años contados desde la subinscripción en el Registro Civil (art. 45 inc. final ley N° 19.620).

### 9.3. Gestiones y procesos judiciales pendientes

#### a) La ausencia de norma original

El Senado suprimió del proyecto una norma que se hacía cargo de la situación de los procesos pendientes<sup>73</sup>, por estimar que esta materia debía quedar regulada por el art. 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes<sup>74</sup>. De esta manera, la ley N° 19.620 no contuvo

<sup>71</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Derecho sucesorio*, Edit. Jurídica de Chile, 3ª edic., Santiago, 1981, N° 182, p. 118.

<sup>72</sup> Informe de Comisión Mixta de 1º de junio de 1999.

<sup>73</sup> El art. 2º transitorio del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados decía: "Las solicitudes de autorización para adoptar, de adopción simple, de adopción plena y de autorización de salida del país de menores para ser adoptados en el extranjero que hubieren comenzado a tramitarse con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, continuarán rigiéndose por las leyes N° 7.613 y 18.703, hasta su completa tramitación".

<sup>74</sup> Se lee en el Informe de la Comisión de Constitución: "la Comisión evaluó la pertinencia de consignar una norma procesal de carácter transitorio, como la que contempló el artículo 53 de la ley N° 18.703... Tuvo presente

ninguna disposición expresa transitoria sobre la forma en que debían seguir sustanciándose los procesos ya iniciados al momento de su entrada en vigor.

El criterio de remitir la cuestión al art. 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes no fue acertado, ya que esa disposición está pensada para cambios de regulaciones que afectan a un mismo procedimiento, pero no para cuando lo que se altera es el entero procedimiento y se le sustituye por otro. La cuestión se hacía más difícil si se tiene en cuenta que con la nueva ley de adopción no solo se modifican las normas procedimentales sino también normas sustantivas que van esencialmente ligadas al procedimiento, como los requisitos para ser adoptado, adoptante, etc. La aplicación de las leyes antiguas a los plazos que ya hubieran comenzado a correr y a las diligencias ya iniciadas, como ordena el art. 24 de la referida Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes no tenía un sentido claro si se contrastaban los antiguos procedimientos de las leyes 7.613 y 18.703 con el de la nueva ley 19.620.

Prontamente, se advirtió que la ausencia de normas transitorias claras en esta materia podría causar perjuicios notables, ya que los jueces podían entender que, al entrar en vigencia la nueva ley, todas las gestiones y procesos abiertos con anterioridad debían quedar sin efecto, siguiendo el principio de que las leyes de procedimiento rigen *in actum*. Los medios de comunicación social se hicieron eco rápidamente de los peligros de que prosperara una interpretación como esta para todas las parejas que llevaban tiempo intentando completar los trámites de la adopción.

El Ministerio de Justicia solicitó a la Corte Suprema que impartiera instrucciones a los Juzgados de Menores para que se avinieran a continuar los procesos iniciados homologando los trámites realizados a los contemplados en la nueva ley. La Corte Suprema, con razón, se negó a acceder a esta petición, puesto que ello implicaría por una parte invadir competencias legislativas y por otra menoscabar la independencia de los tribunales.

De este modo, solo quedó una salida posible: intervenir legislativamente. El Ministerio de Justicia preparó un proyecto de ley que fue tramitado con urgencia en el Congreso, y que se convertiría en la ley N° 19.658 publicada en el Diario Oficial del 20 de diciembre de 1999.

#### b) La ley N° 19.658 de 1999

La ley N° 19.658 de 1999 se compone de tres artículos: los dos primeros modifican la ley N° 19.620 y el tercero establece la vigencia retroactiva de los preceptos anteriores.

##### b.1) Causas iniciadas con anterioridad al 27 de octubre de 1999

Las causas iniciadas antes de entrar en vigor la ley N° 19.620, esto es, antes del 27 de octubre de 1999, “continuarán substanciándose por el procedimiento establecido en las leyes N° 7.613 y 18.703, hasta su completa tramitación, ante el mismo tribunal que estaba conociendo de ellas” (Nuevo artículo 2° transitorio de la ley N° 19.620).

De este modo se desecha el criterio que en algún momento se sostuvo en el sentido de convertir los procedimientos ya iniciados en el nuevo proceso de la ley 19.620 facultando al juez para “homologar” trámites. Esto hubiera sin duda perpetuado la incertidumbre y hubiera provocado más resoluciones disímiles.

Se optó finalmente por aplicar íntegramente la normativa de las antiguas leyes, 7.613 y 18.703, a todas las causas que se hubieren iniciado antes del 27 de octubre de 1999, hasta su completa tramitación. Además, se precisa que se mantiene la competencia del tribunal que estaba conociendo ya de la causa, respetándose el principio de la radicación.

que, sin embargo, no dispuso lo mismo la ley N° 7.613, cuyo artículo 35 se imitó a derogar la ley N° 5.343, y que el lapso prolongado que media hasta la fecha en que comenzará a regir la iniciativa legal en informe evita los inconvenientes que causaría su vigor con la sola publicación en el Diario Oficial. Ello permite suponer que las reglas generales sobre la materia, contenidas en el artículo 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, serán suficientes para regular los distintos casos que pudiesen presentarse” (Informe de 21 de octubre de 1998).

El nuevo precepto se refiere en forma amplia a “causas”. Pensamos que en este vocablo quedan comprendidas todas las gestiones, procesos voluntarios y juicios que se hubieren iniciado conforme a las antiguas disposiciones. Así, por ejemplo, una declaración de abandono, un proceso de adopción simple o plena, una gestión de autorización judicial de la adopción de la ley 7.613, un juicio de nulidad de la adopción, una gestión de autorización para salida del país del menor a objeto de su adopción en el extranjero, etc.

El fallo de estas causas debe hacerse también conforme a la normativa bajo cuya vigencia se iniciaron. Es decir, se podrán dictar sentencias de adopción simple y plena de acuerdo con la ley N° 18.703 y resoluciones que autorizan la adopción común de la ley N° 7.613. Las personas que adquieran la calidad de adoptantes y adoptados conforme a estas leyes, se rigen en sus derechos y calidades a la antigua legislación, sin perjuicio de la posibilidad de optar para convertir esa adopción en la adopción que establece la ley N° 19.620 en conformidad con los incisos segundo a cuarto del artículo 45 de esta ley. Así lo establece expresamente el nuevo artículo segundo transitorio que la ley N° 19.658 incorpora a la ley N° 19.620: “Quienes adquieran la calidad de adoptante y adoptado en dichas causas se sujetarán a lo previsto en los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 45”.

#### b.2) Causas iniciadas a partir del 27 de octubre de 1999

De acuerdo a la modificación que la ley N° 19.658 introduce al artículo 47 de la ley N° 19.620, “las causas que comenzaren a tramitarse con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley [la ley 19.620], se sujetarán a sus disposiciones”.

Esto era indiscutido ya con anterioridad: es claro que todas las gestiones y procesos que se iniciaren después de haber entrado en vigor la ley N° 19.620, el 27 de octubre de 1999, debían someterse a sus disposiciones. Pero el legislador ha hecho bien en explicitarlo para clarificar mejor la diferencia entre las causas anteriores y las posteriores a la entrada en vigor.

#### b.3) Situación entre el 27 de octubre de 1999 y el 20 de diciembre de 1999

La ley N° 19.658 hubo de otorgar efecto retroactivo a sus disposiciones a partir del 27 de octubre de 1999 (art. 3 ley N° 19.658).

No obstante, como en el interregno hubo diferencias de criterios entre los jueces de menores entre si debía aplicarse la antigua ley o la nueva a los procesos ya iniciados con anterioridad, era menester que el legislador tuviera en cuenta esta situación y evitara que el efecto retroactivo de la ley N° 19.658 invalidara gestiones y resoluciones decretadas en conformidad a la ley N° 19.620 para causas anteriores a su vigencia. Además, existía el impedimento de no transgredir la cosa juzgada que hubieren producido sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio.

Por eso el art. 3 de la ley N° 19.658 en su inciso segundo se refiere a las actuaciones y resoluciones realizadas o dictadas en gestiones y procesos judiciales anteriores pero con apego a la normativa de la ley N° 19.620, entre el 27 de octubre y el 20 de diciembre de 1999. Estas actuaciones y resoluciones no serán invalidadas “solo en cuanto el juez determine que fueren compatibles con el respectivo procedimiento”.

Entendemos así que el juez debe pronunciarse expresamente sobre la compatibilidad de la actuación o resolución y el procedimiento antiguo que por disposición de la ley N° 19.658 deberá seguir aplicándose a las causas anteriores.

Pero si el tribunal ha dictado sentencia definitiva o interlocutoria en las causas anteriores conforme a la ley N° 19.620, esta sentencia produce cosa juzgada y no resulta alterada por la ley N° 19.658. Es lo que dispone la última parte del inciso segundo del art. 3 de la citada ley N° 19.658. Debe notarse que para que se aplique esta excepción la resolución debe estar ejecutoriada.

#### 9.4. *Organismos acreditados*

Las instituciones que se encontraban desempeñando actividades relacionadas con la adopción a la fecha de entrada en vigencia de la ley, y que no estén constituidas como corporaciones o fundaciones, pueden obtener una acreditación provisional por dos años por resolución del Director Nacional del Servicio de Registro Civil, siempre que cumplan los demás requisitos exigidos señalados en el art. 6 inciso segundo de la ley (artículo transitorio ley N° 19.620). A este trámite se aplican las normas previstas en el Reglamento para la acreditación de organismos privados (título IV) “en lo que sea pertinente” (art. 2° transitorio Reglamento).

Se aplican las normas permanentes en caso de denegación, suspensión o revocación de la acreditación (artículo transitorio ley N° 19.620).