

EL SISTEMA DE ADOPCIÓN EN CHILE*

ROMMY ALVAREZ ESCUDERO

Prof. de Derecho Civil de la Universidad de Valparaíso, Doctora en Derecho y Máster en Derecho de Familia por la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Magíster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Rommy.alvarez@uv.cl Dirección postal: Av. Errázuriz N° 2120, Valparaíso. Correo electrónico: rommy.alvarez@uv.cl

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad la adopción se nos presenta como una de las vías para constituir filiación referida en el inc. 2° del Art. 179 del código civil chileno, que nos remite a la ley especial que la regula en nuestro sistema, Ley N° 19.620¹; y, como un instrumento jurídico subsidiario para restablecer el derecho de niños, niñas y adolescentes -en adelante NNA- a vivir en familia, guiado por su interés prevalente.

Esta institución del derecho familiar viene precedida de una evolución histórica con diversos alcances en el mundo jurídico. Desde una perspectiva socio-jurídica, la doctrina remonta el origen del fenómeno adoptivo a las civilizaciones de la antigüedad, con características esencialmente religiosas y patrimoniales, cuyo objeto era el de dotar al grupo familiar de un sucesor², encontrando su primera referencia en el Código de Hammurabi. Sin embargo, es en el sistema romano en que se configura como una institución propiamente jurídica, centrada en el *paterfamilias*, inicialmente con el objeto de procurarle descendencia ante la falta de un hijo legítimo varón, al que posteriormente se añaden otros fines: sociales, económicos e, incluso estratégicos. Es dentro de la tradición latina que la adopción configura su fisonomía en equiparación con la filiación por naturaleza, expresada en la máxima justiniana *adoptio naturam imitatur*³.

Su existencia trasciende en la tradición de raíz romano-germánica, encontrándonos con las figuras de la *adoptio* y *adrogatio* romana en el Breviario de Alarico, llegando hasta el siglo XIX como un negocio jurídico familiar para suplir la falta de descendientes. Sin embargo, no fue una institución incorporada

* Trabajo desarrollado en el marco del proyecto Fondecyt de Iniciación N°11200066 "Nuevo paradigma de la filiación en Chile: Hacia una integración de la voluntad procreacional y la socio-afectividad en perspectiva de infancia", en el que la autora es investigadora responsable.

¹ Ley N° 19.620, de 1999.

² BAELO (2014), p. 30.

³ BAELO, cit (n.1), pp. 71, 106-107.

en el naciente proceso de codificación de todos los Estados, quizás por influencia del código civil francés que no la reguló⁴. En efecto, en su versión original el Código de Bello en Chile no contempló la adopción, siendo ésta objeto de regulación especial mediante la Ley N° 5.343 de 1934. Su inclusión en el Código Civil chileno fue producto de la reforma operada en él por la Ley N° 19.585 de 1998, con vigencia desde el 27 de octubre de 1999, conjuntamente con la Ley de Adopción, hito de la mayor relevancia en nuestro sistema de filiación, que trasunta el reconocimiento interno de los derechos esenciales de la niñez y la adolescencia, en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado de Chile, con la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en el año 1990.

Continuando con el breve repaso de la adopción hasta perfilar sus contornos actuales, importante es relevar la influencia que las consecuencias de las guerras mundiales tuvieron en la comprensión de esta institución para enfocarla como un mecanismo de protección de niños huérfanos y desamparados en la post guerra, la infancia en situación irregular se convierte en objeto de protección. Sería finalmente con la Convención Internacional de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989⁵ que la mirada se centra en los NNA como sujetos de derecho, personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad que requieren contar con una supraprotección en la satisfacción de sus prerrogativas y, que en el caso de no contar con un medio familiar que le procure los afectos y cuidados para alcanzar su pleno desarrollo, pueden ver en la adopción una alternativa que restituya su derecho a vivir en familia. Considerándose que la familia constituye el medio más idóneo para que un NNA pueda alcanzar su pleno desarrollo, tanto espiritual como material, núcleo que propicia, además, la satisfacción de otros derechos esenciales.

La configuración contemporánea de la adopción tiene como centro al NNA, otorgándole *status familiae*, convirtiéndolo en hijo dentro de una familia que no es la de su origen biológico. Cuestión en la que debemos tener presente el principio de subsidiaridad de la adopción; y, el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos, especificación del derecho a la identidad en este tipo de filiación, en que constatamos una divergencia entre la filiación biológica y la filiación jurídicamente determinada.

Para concluir una primera aproximación a la institución que comentamos, relevante es considerar que su fisonomía se perfila además con trascendencia supranacional en tanto que, como mecanismo subsidiario a la adopción nacional, existe la posibilidad que un NNA sea incorporado a un grupo familiar residente en un Estado distinto al de su origen, alternativa que exige adoptar

⁴ CORRAL (2002), p. 48.

⁵ Ratificada por Chile y promulgada mediante Decreto N° 830 de 1990.

medidas coordinadas entre Estados, de ahí que la propia Convención en su Art. 21, relativo a la adopción, propicie a este respecto la concertación de acuerdos internacionales. En este contexto, podemos citar el Convenio de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional, adoptado por la 17^o Conferencia La Haya de Derecho Internacional Privado, con fecha 29 de mayo de 1993⁶.

En esta síntesis hemos querido repasar la evolución de una institución jurídica de larga data, que en su devenir histórico advierte variedad de fines y fundamentos, con énfasis que van mutando acorde las costumbres y concepciones que las sociedades van adoptando respecto las familias, las personas y sus derechos inherentes. El propósito apunta a percibir nítidamente el centro desde y a favor del cual se forja su estructura en la actualidad y que, por cierto, supone observaciones al sistema de adopción vigente en Chile, especialmente en atención a las prerrogativas de la infancia y adolescencia, siendo esta la perspectiva desde la cual abordaremos los tópicos que nos proponemos desarrollar, efectuando un especial análisis desde los principios informadores que nos permitirá orientar una mejor comprensión de la institución.

II. SISTEMA DE ADOPCIÓN ACTUALMENTE VIGENTE EN CHILE

La Ley N° 19.620, de 1999 -en adelante LA- es el actual texto legal que dicta las normas sobre la adopción de menores en Chile, en vigor desde el 27 de octubre de 1999, regulando un sistema único a su respecto que vino a superar la dispersión de normas y sistemas antes vigente⁷, el que conforme su Art. 1° tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en una familia cuando la satisfacción de sus necesidades tanto espirituales como materiales no le pueda ser proporcionado por su familia de origen; teniendo como efecto la constitución del estado civil de hijo respecto los adoptantes, extinguiendo los vínculos filiativos de origen, con excepción de los impedimentos para contraer matrimonio contenidos en el Art. 6° de la Ley de Matrimonio Civil (Art. 37 LA).

La LA no aporta un concepto respecto la institución que regula. En el sistema chileno, GÓMEZ DE LA TORRE la ha conceptualizado como, "la relación jurídica que se establece entre adoptante y adoptado, constituida por sentencia judicial, cuya finalidad es proporcionar al segundo una familia que le brinde

⁶ Ratificada por Chile y promulgada mediante Decreto N° 1215 de 1999.
⁷ Ley N° 7.613 de 1943 en que la adopción no constituye estado civil y se constituye mediante contrato solemne autorizado por la justicia e inscrito en el Registro Civil; Ley N° 18.703 de 1988, que establece dos tipos de adopción: simple y plena, contemplando además la salida de menores para su adopción en el extranjero.

afecto, le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales, materiales y el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, cuando ello no pueda ser proporcionado por su familia de origen”⁸. En materia jurisprudencial la Corte Suprema, en su sentencia dictada con fecha 03 de marzo de 2020⁹, alude a ella como “un acto judicial cuya finalidad es proveer a un menor de edad unos padres y una familia, no biológicos, que puedan darle el afecto y los cuidados precisos para satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando no son proporcionados por la familia de origen [...]”.

Conforme el análisis hasta aquí efectuado, podemos desprender que el sistema de adopción en Chile, teniendo como centro al niño, niña o adolescente y su interés superior, se estructura en base a tres ejes: primeramente, el niño; la familia de origen; y, la familia adoptiva, en los que se radican las actividades del programa de adopción¹⁰, que son llevadas a cabo por el Servicio Nacional de Menores y los organismos acreditados ante éste.

En el orden administrativo la labor central es encomendada por la LA al Servicio Nacional de Menores, institucionalidad que en lo sucesivo debemos entender referida al Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, integrante del Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia que, conforme lo dispuesto por el numeral 5 del Art. 18 de la reciente Ley N° 21.302¹¹, contempla la adopción entre sus líneas de acción.

Para cerrar el acápite relativo a la regulación del sistema de adopción en Chile debemos añadir el Reglamento de la Ley N° 19.620¹²; e, integrar la aplicación de la normativa internacional en materia de infancia y adopción, principalmente los dos tratados internacionales ratificados por Chile a que hemos hecho mención: la Convención Internacional de los Derechos del Niño -en adelante CIDN-; y, el Convenio de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional.

⁸ GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 223.

⁹ Rol IC N° 12.128-2019, considerando 3°.

¹⁰ Art. 7, Ley 19.620: “El programa de adopción es el conjunto de actividades tendientes a procurar al menor una familia responsable. Estas actividades la realizarán el Servicio Nacional de Menores y los organismos acreditados ante éste a través de profesionales expertos y habilitados en esta área. Comprende principalmente el apoyo y la orientación a la familia de origen del menor, la recepción y cuidado de éste, la evaluación técnica de los solicitantes y la preparación de éstos como familia adoptiva, a cuyo efecto les corresponderá acreditar la idoneidad requerida en el Art. 20 de esta ley”. Los programas de adopción se encuentran regulados en el Título III del Reglamento de la Ley N° 19.620.

¹¹ Ley N° 21.302, de 2021, la que conforme su Art. primero transitorio comenzará a regir en la fecha que determine el Presidente de la República a través de uno o más decretos con fuerza de ley.

¹² Aprobado por Decreto N° 944 de 1999.

1. Características de la Adopción

Los autores¹³ indican entre las características de la adopción regulada por la LA las siguientes:

- a) Institución de orden público en el ámbito del derecho de familia, en tanto las normas que regulan la adopción son imperativas e inmodificables por la voluntad privada.
- b) Constituye una ficción legal mediante la cual se incorpora un hijo a una familia con la que no se encuentra ligado biológicamente, constituyendo filiación a su respecto.
- c) Establece un régimen único de filiación adoptiva.
- d) Crea estado civil, conforme lo dispuesto por los Arts. 1° y 37 LA.
- e) Judicial, por regla general, con excepción del pacto previsto por el Art. 45 de la ley.

Los procedimientos a que da lugar la adopción, conforme los Arts. 18 y 23 LA y los numerales 12 y 13 del Art. 8° de la Ley 19.968, son de competencia de los Tribunales de Familia del domicilio o residencia del niño, niña o adolescente. En el caso de una adopción internacional, conforme el Art. 34 LA es competente el Juez de Familia correspondiente al domicilio del niño, niña o adolescente o de la persona o entidad a cuyo cuidado se encuentre.

En estos procedimientos se aplican las reglas contenidas en la LA y, en forma supletoria, el procedimiento ordinario contemplado en la Ley de Tribunales de Familia (Art. 2 LA).

- f) Establece una separación de procedimientos, distinguiendo entre los procedimientos previos a la adopción y el procedimiento de adopción.

Los procedimientos previos a la adopción se encuentran regulados en el Título II de la ley; tienen carácter contencioso; conciernen al niño y a la familia de origen; y, su objeto apunta a despejar la adoptabilidad de un NNA. Distinguiendo, conforme al Art. 8° LA, tres situaciones relativas a NNA respecto los cuales procede el inicio de un procedimiento previo a la adopción:

- NNA cuyos padres han manifestado su voluntad de entregarlos en adopción ante juez competente (Art. 8° a) en relación con el Art. 9°);
- NNA descendientes consanguíneos de uno de los adoptantes (Art. 8° b) en relación con el Art. 11); y,
- NNA declarados susceptibles de ser adoptados (Art. 8 c) en relación con los Arts. 12 a 17).

¹³ BARCIA (2011), p. 461; CORRAL, cit (n. 4), p. 72; GÓMEZ DE LA TORRE, cit (n.8), pp. 232 - 242.

Por regla general estos procedimientos se inician una vez nacido el niño o niña, sin embargo, la LA establece una excepción en su Art. 10, permitiendo que, con anterioridad al nacimiento del hijo, se de inicio al procedimiento previo por entrega voluntaria de la madre, conforme la letra a) del Art. 8º, exigiendo para este caso patrocinio o intervención del Servicio Nacional de Menores. La excepción es mas bien aparente pues sólo da lugar al inicio del procedimiento quedando pendiente su tramitación en lo pertinente, hasta la ratificación de la madre, para lo cual la ley provee un plazo de 30 días contados desde el parto, teniéndola por desistida de su decisión, de no hacerlo.

El procedimiento de adopción se encuentra regulado en el Título III LA, su naturaleza es no contenciosa y en el no es admisible oposición (Art. 23); concierne al niño y a su familia adoptiva; y, su objeto es constituir la filiación adoptiva, aun cuando los efectos legales de la adopción, conforme lo dispuesto en el Art. 37 LA, se producirán desde la fecha de inscripción de nacimiento ordenada por la sentencia que la constituye. El contenido y órdenes que debe contener la sentencia de adopción se regulan en el Art. 26 LA.

El procedimiento de adopción, por regla general, requiere la tramitación de un procedimiento previo en el que se haya dictado sentencia determinando la adoptabilidad del NNA, la que debe encontrarse ejecutoriada. Por excepción, la ley admite prescindir del procedimiento previo en la llamada adopción directa, en que procede la aplicación directa del procedimiento de adopción, en el caso de una adopción por integración cuando el NNA sólo tenga determinada su filiación por la vía del padre o madre que ha contraído el matrimonio cuyo nuevo cónyuge lo quiere adoptar (Art. 8 b) en relación con el inciso 1º del Art. 11 LA).

- g) Sólo permite adopción de menores de edad. Conforme lo establecido por el Art. 8º de la Ley, sólo pueden ser adoptados los menores de 18 años respecto los cuales proceda el inicio de un procedimiento previo de adopción.
- h) Gratuita, según se desprende de los Arts. 42 y 43 LA.
- i) De carácter reservado, por regla general, conforme lo dispuesto por el Art. 28 LA.
- j) Irrevocable, según lo preceptuado por el Art. 38 de la ley, concediendo acción de nulidad para los casos de adopción obtenida por medios ilícitos o fraudulentos.
- k) Otorga un rol destacado al órgano administrativo (Servicio Nacional de Menores el que conforme la Ley N° 21.302, de reciente dictación, es reemplazado por el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia), el cual se desprende de los Arts. 4º a 7º, 9 N° 6, 10, 13, 17 y 18 de la ley.

- l) Nacional o internacional, según el lugar de residencia de los solicitantes, conforme lo dispuesto en los Arts. 20, 21, 29 y 30 LA.

A su turno, nuestra Corte Suprema ha referido los caracteres de esta institución indicando, "es una institución de orden público, por lo tanto, sus reglas no son disponibles por las partes, tampoco por el tribunal, ya que son imperativas e inmodificables; se establece por sentencia judicial; otorga al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes; es irrevocable, sin perjuicio de que se puede impetrar su nulidad en caso que se haya obtenido por medios ilícitos o fraudulentos; tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado; y es una institución subsidiaria, en el sentido que la ley prefiere mantener los vínculos de origen, permitiéndola sólo si la satisfacción de las necesidades del niño no puede serlo por su familia de origen"¹⁴.

2. Panorama desde los principios informadores del sistema de Adopción

Los principios que informan el sistema adoptivo nacional¹⁵ se nutren de aquellos reconocidos transversalmente en la materia, a saber: a) Interés superior del adoptado; b) Derecho del NNA de dar su opinión y ser oído conforme su autonomía progresiva; c) Subsidiaridad de la adopción; d) Preferencia de la familia matrimonial; e) Verdad biológica, derecho a la identidad y derecho a conocer el origen biológico; f) Inseparabilidad de los hermanos; y, g) Prioridad de la adopción nacional y subsidiariedad de la adopción internacional. Será este el orden que seguiremos en nuestra exposición para perfilar el contenido y alcance de cada uno de ellos, formulando observaciones a su respecto desde las prerrogativas de la infancia y adolescencia.

Nuestra jurisprudencia¹⁶ ha señalado como principios informadores de la institución reglada en la Ley N° 19.620 los siguientes: subsidiariedad; interés superior del adoptado; derecho de identidad del adoptado; derecho del niño a dar su opinión y a otorgar su consentimiento respecto de su adopción; y, preferencia de la familia matrimonial y de la adopción nacional.

A este respecto, valga desde ya plantear la observación relativa a uno de ellos, que en particular encontramos presente en el régimen de adopción chileno: la preferencia de la familia matrimonial en su incardinación con el interés prevalente de NNA y la composición de la familia en que se insertará. El

¹⁴ Corte Suprema, recurso de casación en el fondo, rol N° 20.885-2020, considerando 3°, reservada; Corte Suprema, recurso de casación en el fondo, rol N° 12.128-2019, considerando 3°, reservada.

¹⁵ CORRAL, cit (n. 4), p. 67; GÓMEZ DE LA TORRE, cit (n.8), p. 224.

¹⁶ Corte Suprema, recurso de casación en el fondo, rol N° 6.904-2015, sentencia de fecha 15 de diciembre de 2015, considerando 4°, reservada.

cuestionamiento surge pues a través de este principio, nuestro ordenamiento anticipa como la mejor alternativa para el desarrollo integral de un niño aquella constituida por una unión matrimonial, sin considerar la situación concreta del NNA del cual se trate, premisa con la que además resultan excluidas las diversas realidades familiares presentes en nuestra sociedad que no tienen su base en el matrimonio.

2.1. Principio del interés superior del adoptado

El interés prevalente del NNA adoptado constituye la consideración primordial del sistema, principio que, consagrado en el Art. 3° CIDN, adquiere fisonomía específica respecto de la adopción en su Art. 21. Velar por el interés superior del adoptado constituye el objeto de la adopción, conforme lo dispuesto por el Art. 1° LA, el que, conforme el inc. 2° del Art. 1° del Reglamento de la ley, considera “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”. El principio del interés superior del niño, conjuntamente con el derecho a ser oído, también se contempla en nuestro sistema interno como estructurante de los procedimientos seguidos ante los Tribunales de Familia¹⁷, instancia judicial a la que, como hemos señalado, compete el conocimiento tanto de los procedimientos previos a la adopción, como de adopción. Además y conforme la comprensión que a su respecto ha formulado el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 14¹⁸, este principio rector trasciende como norma sustantiva de aplicación directa y, como regla de interpretación e integración en todas las decisiones que vinculan a NNA¹⁹.

En la materia, este interés superior radica en la prevalencia del beneficio del adoptado por sobre el interés de la familia biológica o de los adoptantes, circunstancia esta última recogida por el Art. 10 del Reglamento de la ley.

Como aporta RAVETLLAT “El principio del interés superior del niño/a pone acertadamente el acento en su realidad como sujeto digno de atención, promoción, provisión y protección”²⁰. Su concreción en la práctica ha generado diversidad de opiniones en atención al alcance que cada uno de los involucrados en una decisión que afecte la vida de un niño, pueda subjetivamente otorgar a esta cláusula general. En un camino de aportes objetivos para ROCA I TRIAS, el contenido de este interés superior “[...] solamente puede ligarse con sus derechos fundamentales, de los que es titular por razón de nacimiento. Ese es el único

¹⁷ Art. 16, Ley N° 19.968, de 2004.

¹⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013), p. 4.

¹⁹ RAVETLLAT Y PINOCHET (2015), p. 905.

²⁰ RAVETLLAT (2020), p. 310.

contenido posible y así debe ser aplicado por los operadores jurídicos”²¹. Así y como lo plantea la Observación General N° 14, “El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”²², concepto que abarca su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. Su virtud radica así en conectar la decisión al caso concreto²³ que se plantea, optando por la alternativa que satisfaga las prerrogativas inherentes al NNA vinculado en un proceso de adopción, articuladas sobre la base de su dignidad humana. Premisa que debe estar presente desde la aplicación de una medida proteccional que antecede al inicio de una causa por susceptibilidad de adopción; pasando por el procedimiento previo que busca despejar la adoptabilidad; concluyendo en el proceso de adopción.

Entre los aportes de la jurisprudencia nacional para comprender el alcance del principio que analizamos en relación con la adopción, podemos mencionar la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2019²⁴, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, al señalar en su considerando duodécimo: “Que, conforme a lo establecido en los artículos 3 y 21 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el interés superior del niño es la consideración primordial, entendiendo por tal, la mayor realización espiritual y material de los niños, niñas y adolescentes y el respeto a sus derechos fundamentales. Teniendo como parámetro mínimo los derechos garantizados por la Convención sobre los Derechos del Niño y la Constitución Política del Estado. En el caso sub júdice el derecho a vivir en familia y poder desarrollarse espiritual y materialmente”.

Desde este enfoque, el interés superior del niño se incardina con los otros principios que inspiran el régimen adoptivo chileno y que comulgarán para alcanzar la óptima decisión en la situación específica, las opiniones que el NNA manifieste conforme su autonomía progresiva respecto su situación, sus vínculos afectivos, sus figuras parentales, sus anhelos y la consideración que de ellas se efectúen, aportarán a completar el concepto rector.

En este orden, la Corte Suprema en su sentencia de fecha 30 de junio de 2020²⁵ ha resuelto “Que, sin embargo, los principios de subsidiaridad de la

²¹ ROCA I TRIAS (1999), p. 217.

²² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013), p. 3.

²³ A este respecto el Comité puntualiza “que el artículo 3, párrafo 1, enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, y lo aplica como un concepto dinámico debe evaluarse adecuadamente en cada contexto”, *ibidem*.

²⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Recurso de Apelación, rol N° 2.115-2019, considerando 12°, identificador LTM: 18584313.

²⁵ Corte Suprema, recurso de casación en el fondo, rol N° 20.885-2020, considerando 8°, reservada.

adopción y primacía de la familia biológica deben entenderse siempre en el contexto determinado por el interés superior del niño, por lo que tal como esta Corte ha sostenido (a partir de la causa Rol N° 2.709 2012 en adelante) cuando no cuente con un medio familiar adecuado que lo acoja, es procedente la aplicación del referido instituto de la adopción. Lo anterior, porque la obligación de velar por su interés superior, se centra, ante la imposibilidad de dar aplicación a la regla general inspiradora, en asegurar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y de orden material, que le permitan su desarrollo, posibilitando la mayor suma de ventajas en todos los aspectos de su vida”.

2.2. Derecho del niño, niña o adolescente de dar su opinión y ser oído conforme su autonomía progresiva

La CIDN consagra esta prerrogativa en su Art. 12²⁶. En la Ley de Adopción se contiene en el Art. 3°, efectuando una diferenciación según se trate de un niño o niña que no ha alcanzado los 14 o 12 años; o, de un menor adulto. Disponiendo para el primer caso: “Durante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez”; y, determinando para el segundo la necesidad de su consentimiento que debe manifestar expresamente ante el juez, respecto la posibilidad de ser adoptado en el procedimiento previo a la adopción; y, respecto la solicitud efectuada por los adoptantes en el proceso de adopción.

El primer alcance que podemos efectuar se relaciona con la diferenciación recién apuntada que distingue según se trate o no de un menor adulto, concepto que distingue edades entre hombres y mujeres, 14 o 12 años respectivamente, conforme el Art. 26 del código civil, resabio este último que nos hace recordar que, en nuestro sistema, aun no están superadas todas las barreras que limitan la participación integral de niños y niñas en los asuntos que les conciernen conforme su evolución y madurez, pero del que cierta doctrina se ha hecho cargo relativizando su aplicación a las materias de contenido patrimonial, teniendo en consideración lo dispuesto por el inc. 3° del Art. 16 de la

²⁶ Art. 12 CIDN “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

Ley de Tribunales de Familia²⁷. En el análisis del precepto, si el adoptado es un menor adulto debe concurrir con su consentimiento tanto a su declaración de adoptabilidad, como a su adopción. Podría pensarse así que ese consentimiento es uno de los requisitos constitutivos de la adopción en estos casos, sin embargo no es así pues, para el caso de negativa, la autoridad judicial puede prescindirlo sustentado en el interés superior del niño y proseguir con el procedimiento de adopción.

En la historia de la ley N° 19.620²⁸ puede apreciarse que el fundamento del límite de establecido, que ya hemos dicho varía entre hombre y mujeres, no obedece a ninguna razón de fondo. El segundo trámite constitucional ante el Senado, da cuenta que la edad, que inicialmente se contemplaba en los 12 años, se modificó sólo por razones de mayor coherencia con el ordenamiento civil.

La norma si bien trasunta el derecho del niño que comentamos, debe ser complementada por la disposición de la Convención que inicialmente mencionamos y, por el alcance que a su comprensión ha dado la Observación General N° 12 de 2009, del Comité de los Derechos del Niño, referida al derecho del niño a ser escuchado. En este contexto debemos entender que el ejercicio de los derechos de la personalidad de NNA, como lo es el derecho a ser escuchado conforme su autonomía progresiva en todos los asuntos que les afecten, no puede depender únicamente de categorías de edades determinadas por el ordenamiento jurídico, sino se enlaza con el grado de madurez de cada NNA que debe ser ponderado caso a caso. Así el Comité ha señalado que “la edad en si misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”, la madurez “hace referencia a su capacidad de comprender y evaluar las consecuencias en un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño”²⁹

La Observación General aludida nos recuerda que “el derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención”³⁰ y uno de los cuatro principios generales de ésta. El Comité, pone el acento en que el Art. 12 de la CIDN no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión, desaconsejando a los Estados partes el introducir por la vía legal restricciones a su respecto.

²⁷ BARCIA, cit. (n. 13), p. 387.

²⁸ Historia de la Ley N° 19.620, Segundo Informe de Comisión de Constitución, 15 de diciembre de 1998, p. 4, disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6606/>, fecha consulta: 05 de enero de 2021.

²⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009), p. 11.

³⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, cit. (n. 28), p. 5.

Específicamente la Observación que hemos venido comentando, se refiere a la Adopción en su apartado 55, puntualizando: "Cuando se haya previsto para un niño la adopción y finalmente vaya a ser adoptado, es de vital importancia que el niño sea escuchado. Este proceso también es necesario cuando los padres adoptivos o el hogar de guarda adopten a un niño, aunque el niño y los padres adoptivos ya hayan estado viviendo juntos durante algún tiempo"³¹. Prevención esta última, estrechamente vinculada con la denominada adopción por integración a la que mas adelante nos referiremos.

2.3. Principio de la Subsidiaridad de la Adopción

Desde una visión general de las prerrogativas de la niñez y adolescencia, el conocer a sus padres y ser cuidado por ellos constituye uno de sus derechos esenciales (Art. 7.1 CIDN), siendo responsabilidad primordial de aquellos la crianza y desarrollo del hijo, guiados por su interés superior (Art. 18 CIDN). Corresponde a los Estados establecer las salvaguardas para que el hijo o hija no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que judicialmente se adopte una medida de separación, necesaria y fundada en el interés prevalente del hijo o hija (Art. 9 CIDN)³², caso en el cual al mismo Estado incumbe velar por su resguardo y adoptar los cuidados y soluciones que el interés superior del niño aconseje, entre éstos la adopción (Art. 20 CIDN). Se reconoce así a la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el bienestar de todos sus miembros, en especial de NNA, que debe recibir la protección y asistencia necesarias para asumir plenamente sus responsabilidades (Preámbulo CIDN). El Art. 1° de la LA trasunta este principio al determinar el objeto de la adopción. Manifestación también de aquello encontramos en el inc. 2° del Art. 15, dentro de la regulación del procedimiento previo de susceptibilidad de adopción, al indicar que, para su resolución, el juez debe considerar especialmente la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del niño, niña o adolescente en su familia de origen; y, en el Art. 8°³³ del Reglamento del citado cuerpo normativo, relativo al programa de apoyo y orientación a la familia de origen.

³¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, cit. (n.28), p. 16.

³² En nuestra legislación, el numeral 7, del Art. 8° de la Ley de Tribunales de Familia, determina de su competencia la adopción de medidas de protección a favor de niños, niñas o adolescentes vulnerados o amenazados en sus derechos; y, el Art. 30 de la ley 16.618, cuerpo normativo que data del año 1967, exigiendo pronta modificación, indica las medidas que en particular puede decretar el juez, encontrándose en su numeral 2, la de "disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial".

³³ Art. 8: "El programa de apoyo y orientación a la familia de origen del menor tendrá como objetivo fundamental constatar si ésta podría procurarle los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, de modo que, de no ser así, sus padres o aquél que

Por su parte, el Art. 21 de la CIDN, dispone en su letra a) que, sustentada en el interés superior del niño, la adopción de esta medida de protección es admisible "en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario".

La preferencia de la familia de origen no se circunscribe únicamente a padre y/o madre, en quienes se consagra primordialmente el cuidado y crianza de sus hijos, sino comprende también a la familia extendida, parientes que estén en condiciones de ejercer el cuidado del niño o niña dentro de su medio, de ahí búsqueda de adultos idóneos que puedan hacerse cargo responsablemente del que éstos sean contemplados en los procedimientos previos de adopción, en la NNA³⁴, más aún si son significativos en su vida y mantienen con él un vínculo afectivo. A este respecto resulta importante considerar que, conforme lo dispuesto por el Art. 226 del código civil, fundado en el interés superior del niño, a éstos parientes puede ser atribuido judicialmente el cuidado personal de un NNA, en el caso de inhabilidad física o moral de los padres, teniendo preferencia los consanguíneos más próximos, especialmente los ascendientes; y, que en materia de adopción de medidas de protección a favor de NNA gravemente amenazados o vulnerados en sus derechos, el inc. 2° del numeral 2, del Art. 30 de la Ley N° 16.618, señala a los parientes consanguíneos o a otras personas con las que el niño tenga una relación de confianza como aquellos a los que se preferirán por el juez para asumir provisoriamente su cuidado.

Los tribunales superiores de justicia chilenos se han pronunciado sostenidamente sobre este principio, incardinando su comprensión con el interés superior del niño el que, como hemos concluido, debe ser ponderado en mérito de las circunstancias de cada caso concreto. Destaca en la reflexión efectuada por las sentencias el radicar la preferencia de la familia biológica, sea ésta nuclear o extensa, en la posibilidad de que efectivamente en su seno se procure el bien-

lo haya reconocido en su caso preste su consentimiento en forma libre y responsable luego de haber sido debidamente informados de las consecuencias de su decisión y, en especial, de su irrevocabilidad, así como del procedimiento a seguir, en conformidad con los objetivos definidos para la adopción en el artículo 1° de la ley 19.620.- y en el artículo 21 letra a) de la Convención Internacional de los Derechos del Niño".

³⁴ Art. 14: "Recibida la solicitud precedente, el juez, a la brevedad posible, citará a los ascendientes y a los otros consanguíneos del menor, hasta el tercer grado en la línea colateral, siempre que la filiación estuviere determinada, para que concurren a la audiencia preparatoria a exponer lo que sea conveniente a los intereses de aquél, pudiendo oponerse a la solicitud, bajo apercibimiento de que, si no concurren, se presumirá su consentimiento favorable a la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado. Asimismo, deberá citarse al menor, en su caso, a la o las personas a cuyo cuidado esté y a todos quienes puedan aportar antecedentes para una acertada resolución del asunto, que hubieren sido mencionados en la solicitud".

estar del niño, asumiendo un comportamiento diligente no tan solo en miras a mitigar y superar la vulneración experimentada por el NNA en sus derechos, sino también con el objeto de prevenir en lo futuro su ocurrencia, así y como lo señala el voto en contra en la sentencia de fecha 04 de julio de 2019 de la Corte Suprema, “si bien es un principio que informa la institución de la adopción el de la preferencia de la familia biológica, este no es absoluto y es el del interés superior del niño el que en definitiva debe prevalecer”³⁵.

Entre los pronunciamientos del máximo tribunal chileno relevantes en la materia que comentamos, podemos mencionar la sentencia dictada con fecha 31 de enero de 2020³⁶ que, refiriéndose a los Arts. 1° y 15 de la Ley N° 19.620, en su considerando quinto señala: “La anterior preceptiva, como lo ha sostenido este Corte en anteriores oportunidades, Rol N° 76.271 2016, está inspirada en el llamado principio de subsidiariedad, según el cual, la adopción se convierte en alternativa en la medida que la familia de origen no esté en condiciones de proporcionar al niño o niña los cuidados necesarios para satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, de manera que la judicatura que resuelva deberá considerar, especialmente, si conforme a los hechos y circunstancias del caso, es posible disponer medidas que permitan la permanencia del mismo en su familia de origen. El estándar impuesto por la última disposición citada es ilustrativo de la importancia que el legislador da a la familia de origen y a la necesidad de tener certeza acerca de que no se podrá contar con ella, antes de decidir la adopción. La comprensión del principio obliga a precisar, en todo caso, que no basta que la familia de origen simplemente exista, para descartar la adopción, sino que la exigencia apunta a que debe estar en condiciones de satisfacer las necesidades afectivas y materiales del niño o niña”.

El mismo tribunal, en el considerando quinto de su fallo de fecha 02 de marzo de 2020³⁷, indica: “Como la citada disposición [Art. 1° Ley N° 19.620] implica que la institución de la adopción se aplica de manera subsidiaria, esto es, sólo en la medida que la familia de origen no sea capaz de brindar al niño, niña o adolescente el afecto y los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, resulta ineludible que al resolver una solicitud como la de autos, la judicatura ponga especial atención y razone en torno a si se han agotado o no, los medios que permitan mantener a la persona en su familia de origen, cuestión que es concordante con las obligaciones que la misma ley impone al Estado en el sentido de brindar el apoyo necesario para que las

³⁵ Corte Suprema, recurso de casación en el fondo, rol N° 16.580-2018, identificador LTM: 19067.092.

³⁶ Corte Suprema, recurso de casación en el fondo, rol N° 2.184-2019, considerando 5°, reservada.

³⁷ Corte Suprema, recurso de casación en el fondo, rol N° 16.345-2019, considerando 5°, reservada.

familias de origen cumplan ese rol”; En el considerando tercero de la sentencia pronunciada con fecha 03 de marzo de 2020³⁸, refiriéndose a los Arts. 1º y 15 del contexto normativo no cabe duda que los principios esenciales que la informan son el de la “subsidiariedad” y el de la “prioridad de la familia biológica”. En el orden internacional, la Convención Internacional de los Derechos del Niño también consagra la primacía de la familia de origen, pues en el Art. 7.1 establece que el niño tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; en los artículos 8.1 y 9.1, respectivamente, consagra el compromiso que los Estados Parte asumieron en orden a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas, y a velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño; en el artículo 20.1 la adopción se contempla como una medida de protección tratándose de niños privados de su medio familiar, o cuyo interés superior exija que permanezcan en ese medio; y en el artículo 21 la obligación de los Estados Partes de hacer todos los esfuerzos para brindar apoyo a las familias biológicas, de modo que sean capaces de mantener a sus hijos y así puedan desarrollarse en el medio familiar que los vio nacer, y en especial con sus padres.

Pues bien, considerando lo que mandata la referida Convención, se puede sostener que el Estado tiene el deber de llevar a cabo las acciones directas para dar apoyo eficiente a las familias para vigorizar sus competencias parentales, impulsando que los niños, niñas y adolescentes sean cuidado por ambos padres, siendo la separación el último recurso y siempre que sea necesario en virtud del interés superior de ellos, respetando los principios de necesidad, temporalidad, legalidad y legitimidad, lo que implica, en definitiva, que el Estado tiene la obligación de apoyar a la familia para superar una situación de vulneración de derechos de los niños, niñas y adolescentes, antes de adoptar medidas tendientes a separarlos de sus familias de origen.”

Por último, en este breve recuento de pronunciamientos de la Corte Suprema, mencionar nuevamente la sentencia de fecha 30 de junio de 2020, ahora en sus considerandos 8º y 9º, los cuales señalan: “Que, sin embargo, los principios de subsidiariedad de la adopción y primacía de la familia biológica deben entenderse siempre en el contexto determinado por el interés superior del niño, por lo que, tal como esta Corte ha sostenido (a partir de la causa Rol N° 2.709 2012 en adelante) cuando no cuente con un medio

³⁸ Corte Suprema, recurso de casación en el fondo, rol N°12.128-2019, considerando 3º, reservada.

familiar adecuado que lo acoja, es procedente la aplicación del referido instituto de la adopción. Lo anterior, porque la obligación de velar por su interés superior, se centra, ante la imposibilidad de dar aplicación a la regla general inspiradora, en asegurar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y de orden material, que le permitan su desarrollo, posibilitando la mayor suma de ventajas en todos los aspectos de su vida. [L]a obligación de velar por su interés superior ha de centrarse en instar por su derecho a vivir y desarrollarse en todos los aspectos de su vida, en la perspectiva de su autonomía y orientado a asegurarles el libre desenvolvimiento de su personalidad, lo que no fue proporcionado por su madre ni su familia extensa. [L]a preeminencia de la familia de origen se encuentra supeditada al interés superior de ella, cuestión que la judicatura debe ponderar proyectando también cómo será su vida a futuro, de mantenerse el mismo estado de cosas [...]"³⁹.

Entre las decisiones de tribunales de 2º instancia, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, dictada en la causa rol N° 2115-2019, con 26 de noviembre de 2019, en su considerando noveno, concluye: "la alternativa de priorizar a la familia de origen por sobre la familia adoptiva debe serlo, como señala la doctrina especializada, "en la medida en que vaya acompañada de un comportamiento diligente en miras a asumir en el corto plazo el cuidado personal del menor"."

2.4. Principio de la Preferencia de la Familia Matrimonial

Este principio, particular dentro del sistema de adopción chileno, ha sido referido al inicio de este acápite en su incardinación con el principio del interés superior del niño y la búsqueda de la mejor alternativa para restablecer su derecho a vivir en familia cuando no fuere posible su desarrollo dentro de su familia de origen. Búsqueda que en nuestra legislación privilegia a la familia matrimonial por sobre otras instituciones familiares con reconocimiento jurídico, como las familias forjadas al alero de un acuerdo de unión civil o, la posibilidad de adopción individual, por personas solteras, divorciadas o viudas.

³⁹ Corte Suprema, recurso de casación en el fondo, rol N° 20.885-2020, considerando 8º y 9º, reservada.

De la interpretación armónica de los Arts. 20 inc. 1^o40, 21 inc. 1^o41 y 30 inc. 1^o42 LA, ubicada esta última disposición en el párrafo tercero del Título III, relativo a la constitución de la adopción por personas no residentes en Chile, se desprende un verdadero orden de prelación⁴³ en el cual el legislador, de antemano, releva a los matrimonios, incluso aquellos con residencia en el extranjero -lo cual daría lugar a una adopción internacional- como aquellos solicitantes que representan el modelo más idóneo de familia para procurar el bienestar de un hijo. Las observaciones no se hacen esperar en una sociedad plural en que existen diversas formas y realidades familiares, a todas las que el Estado debe dar protección propendiendo a su fortalecimiento y dentro de las cuales todos sus miembros pueden alcanzar su pleno desarrollo⁴⁴. La prioridad debe centrarse en el NNA y la restitución de su derecho a vivir en familia, poniendo el énfasis en la idoneidad de la familia para dar satisfacción a sus

⁴⁰ Art. 20: "Podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones a que se refiere el artículo 6°, que sean mayores de veinticinco años y menores de sesenta, y con veinte años o más de diferencia de edad con el menor adoptado. Los cónyuges deberán actuar siempre de consuno en las gestiones que requieran de expresión de voluntad de los adoptantes".

⁴¹ Art. 21: "En caso de que no existan cónyuges interesados en adoptar a un menor que cumplan con todos los requisitos legales o que sólo les falte el de residencia permanente en Chile, podrá optar como adoptante una persona soltera, divorciada o viuda, con residencia permanente en el país, respecto de quien se haya realizado la misma evaluación y que cumpla con los mismos rangos de edad y de diferencia de edad con el menor que se pretende adoptar".

⁴² Art. 30: "La adopción de que trata este Párrafo sólo procederá cuando no existan matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile interesados en adoptar al menor y que cumplan los requisitos legales. Corresponderá al Servicio Nacional de Menores certificar esta circunstancia, sobre la base de los registros señalados en el artículo 5°".

⁴³ ALVAREZ (2017), p. 338.

⁴⁴ De relevancia tener presente lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Fornerón e hija vs Argentina*, sentencia de fecha 27 de abril de 2012 que en su párrafo 98, resuelve: "Este Tribunal ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma [...]. Por otra parte, no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas"; y, el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero 2012, párrafo 111: "Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños".

necesidades tanto afectivas y espirituales, como materiales; y, en las habilidades de cada solicitante para desempeñar la parentalidad adoptiva, por sobre el modelo de su conformación familiar.

La posibilidad de comprender como adoptantes a las parejas unidas en acuerdo de unión civil fue planteada durante la tramitación de la Ley N° 20.830, según da cuenta la historia fidedigna de la ley⁴⁵. Vía indicación en el segundo trámite constitucional fue incorporada una propuesta de modificación al Art. 20 de la ley N°19.620 en tal sentido, sin embargo, ésta fue declarada inadmisibles por apartarse de las ideas matrices de la iniciativa, dejando el tema para ser discutido en el contexto del proyecto de ley de reforma a la adopción⁴⁶, ingresado a trámite legislativo en el año 2013 y aun en discusión. Sólo señalar que la mencionada iniciativa de ley, en su actual texto propuesto, comprende como adoptantes a todas las personas mayores de edad que cumplan con los requisitos determinados por la ley; apertura que la Corte Suprema en su informe⁴⁷ considera un avance hacia la plena igualdad ante la ley y dignidad de las personas, teniendo como correlato la prioridad del derecho del NNA a vivir en familia, cualquiera sea su composición.

2.5 Principio de la verdad biológica. Derecho a la Identidad y Derecho a conocer el origen biológico

Como lo habíamos anunciado en la introducción de este trabajo, la filiación adoptiva constituye una de las hipótesis consagradas en nuestro sistema jurídico en que, por excepción a la regla de coincidencia, acepta la divergencia entre la filiación biológica y la filiación jurídica. Ficción creada por el legislador para incorporar como hijo o hija a un NNA dentro de una familia con la que no tiene vínculo de descendencia por naturaleza, medida que ha sido calificada como de *ultima ratio* pues, como ha señalado nuestra Corte Suprema⁴⁸ “procede en el caso que la familia de origen no se encuentre en condiciones de darle el afecto y los cuidados para su bienestar en el orden espiritual y material [...]. De ello también se sigue, como principio rector de la adopción el de la prioridad de la familia biológica, que se relaciona estrechamente con el derecho a la identidad del niño pues el legislador evidencia una manifiesta preferencia

⁴⁵ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2015), “Historia de la Ley N° 20.830” Disponible en <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/45283/1/HL20830.pdf>, pp. 895-896, consultado: 07 de enero de 2021.

⁴⁶ Boletín 9.119-18.

⁴⁷ Corte Suprema, oficio N° 129-2019, Informe Proyecto de Ley 20-2019, 24 de junio de 2019, p. 19, disponible en <http://decs.pjud.cl/corte-suprema-emite-informe-sobre-proyecto-de-reforma-integral-al-sistema-de-adopcion/>, fecha consulta 06 de enero de 2021.

⁴⁸ Corte Suprema, recurso de casación en el fondo, rol N° 6.904-2015, sentencia de fecha 15 de diciembre de 2015, considerando 5° y 6°, reservada.

por la familia de origen y la consideración de la adopción no como una forma alternativa de filiación, sino subsidiaria”. En este contexto podemos constatar un primer resguardo al derecho a la identidad del NNA ya que con la permanencia dentro su familia biológica, se resguarda también su identidad personal.

Superada la etapa inicial y concretado un proceso de adopción, la verdad biológica no coincidirá con la verdad formal ni con la filiación jurídicamente determinada. Sin embargo en un sistema basado en el respeto y protección de las prerrogativas inherentes a NNA cuya filiación ha sido establecida por vía de adopción, el principio de conocer su verdad biológica⁴⁹ se impone tomando un especial cariz pues no perseguirá sobre su base la determinación de filiación, sino el principio se proyecta, en este caso, en completar el propio derecho a la identidad, conectándolo con los orígenes, etapa de suma relevancia en la historia vital que permite además proyectar el libre desarrollo de la personalidad.

El derecho a la identidad se encuentra consagrado expresamente a favor de NNA en el Art. 8.1 de la CIDN⁵⁰, disposición que sin agotarlos, señala algunos de sus componentes esenciales: la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. A primera vista podemos constatar que la institución adoptiva incide trastocando el derecho a la identidad del adoptado, mutarán sus relaciones familiares, se sustituirá su *status familiae* y como consecuencia se atribuirán apellidos conforme la nueva filiación determinada. El impacto es directo en la vida del niño, particularmente en el caso de un NNA que ya haya visto transcurrir parte de su vida, sin embargo, el derecho a la identidad cede frente a su interés superior y la restitución de su derecho a vivir en familia. No obstante, corresponde al ordenamiento jurídico establecer las salvaguardias para proteger la específica proyección del derecho a la identidad en estos casos, el derecho a conocer el origen biológico.

Como se ha señalado, “[L]a identidad personal, proyectada en el conocimiento de los orígenes, comprende el derecho al conocimiento de la verdad biológica y a poder investigarla cuando se carece de ella. En estos casos no se trata de conseguir una coincidencia entre la verdad biológica y la verdad formal, no persigue la creación de vínculos jurídicos paterno – filiales sino la integración personal, el reencuentro con una parte vital de la génesis del individuo”⁵¹. La cabal satisfacción del derecho a conocer los orígenes en la adopción puede proyectarse en tres niveles: el derecho del hijo a conocer el origen de su filiación, que se corresponde con el deber de los padres de informar

⁴⁹ Principio transversal en materia de filiación, construido a partir del Art. 195 del Código Civil.

⁵⁰ Art. 8.1. CIDN “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

⁵¹ ÁLVAREZ (2019 a), p. 227.

la raíz no biológica de la filiación; el derecho de acceso a la información relativa al origen; y, el derecho a conocer la identidad de los progenitores. A este respecto el ordenamiento jurídico debe regular las medidas para dar efectivo cumplimiento a cada uno de estos deberes por parte de los intervinientes en el sistema, sean éstos los padres que constituyen filiación adoptiva o, los órganos administrativos y judiciales⁵² que intervienen o antes los cuales se tramita un proceso de adopción. Escenario que debe contextualizarse además en forma armónica con los principios del interés superior del niño y su autonomía progresiva.

En el análisis del sistema de adopción actualmente vigente en Chile, es posible constatar solo un desarrollo parcial de las proyecciones referidas. Respecto el derecho del NNA a conocer su origen biológico, aunque sin reconocimiento expreso, es posible darle sustento en la preocupación fundamental de los padres y el deber de procurar la mayor realización del hijo, guiándolo en el ejercicio de los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana conforme la evolución de sus facultades, de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 222 del código civil⁵³.

En general, dentro de nuestra legislación, el cumplimiento de esta prerrogativa de la niñez y adolescencia se ha querido encontrar en lo dispuesto por el inc. final del Art. 27 de la Ley de Adopción⁵⁴; y, en el programa de adopción relativo a la búsqueda de los orígenes⁵⁵, sin embargo, a nuestro entender, constituye ésta una visión muy limitada que no da cabal cumplimiento al derecho en análisis, ya que no considera el interés superior del NNA adoptado, su autonomía progresiva, su derecho a participar en los asuntos que le afecten y el ejercicio en forma directa de sus derechos extrapatrimoniales. La posibilidad de recabar desde el órgano administrativo la información respecto el origen de

⁵² ÁLVAREZ (2019 b), p. 349-350.

⁵³ En legislaciones extranjeras podemos apreciar que el deber de los padres de informar al hijo el origen de su filiación ha sido objeto de regulación expresa v.gr. en el derecho catalán el Art. 235.50 del Código Civil dispone "Los adoptantes deben hacer saber al hijo que lo adoptaron, tan pronto como este tenga suficiente madurez o, como máximo, cuando cumpla doce años, salvo que esta información sea contraria al interés superior del menor", planteándose desde la doctrina observaciones en torno al límite de edad a que alude pues la consideración debiera ser el grado de madurez del hijo, que como hemos advertido, debe ponderarse caso a caso; El derecho argentino optó por una fórmula que mirando a la evolución del hijo y su interés prevalente deja en los mismos padres adoptivos su cumplimiento, deber que debe ser consignado expresamente en la sentencia de adopción, así el Art. 595.4 del Código Civil y Comercial señala al efecto "Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente".

⁵⁴ "Para este efecto, cualquier interesado mayor de edad y plenamente capaz que tenga antecedentes que le permitan presumir que fue adoptado podrá solicitar personalmente al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informe si su filiación tiene ese origen".

⁵⁵ Art. 3, Art. 6 letra h), Decreto 944 de 1999, que Aprueba Reglamento de la Ley N° 19.620.

la filiación queda reservado únicamente a las personas mayores de edad y plenamente capaces, para una vez contar con ésta, poder iniciar una tramitación judicial que le permita tener acceso a los antecedentes contenidos en la causa que determinó la adopción. Conforme el tenor de la disposición debemos agregar, además, que si se llega a esta instancia es debido al incumplimiento del deber de los padres de informar a su hijo el origen de su filiación.

Respecto a la última de las premisas para cumplir con el derecho del adoptado que venimos comentando, constatar la inexistencia en la legislación chilena de una acción autónoma orientada a la búsqueda de los orígenes del adoptado que, independiente de las acciones de filiación, tenga por único objeto completar la historia vital con el conocimiento de la identidad de los progenitores sin alterar la filiación determinada por la vía de la adopción. En un esfuerzo importante por completar este derecho esencial, desde la doctrina⁵⁶ se ha planteado su fundamento constitucional sustentado en la dignidad humana, sin embargo coincidimos en sugerir una propuesta de *lege ferenda* mediante la cual sea incorporada en nuestra regulación civil.

En otros temas relativos al derecho a la identidad de NNA cuya filiación se ha constituido por la vía de la adopción, podemos observar como en la etapa final del proceso, conforme los numerales 1, 2 y 3 del Art. 26 y Art. 27 LA, se ordenan una serie de gestiones, como el archivo de la ficha individual del adoptado conjuntamente con los antecedentes de la adopción en el Servicio de Registro Civil e Identificación, desde el cual sólo pueden salir por orden judicial cumpliendo con los requisitos legales; la cancelación de la inscripción de nacimiento original; y, la práctica de una nueva inscripción, las que apuntan a hacer desaparecer todo vestigio relativo al origen de la persona. Llama además la atención que, conforme lo dispuesto por el inc. 2° del numeral 2 del Art. 26 LA⁵⁷, se confiera al juez la facultad de modificar otros datos del NNA, como su fecha de nacimiento, adaptándolo a la realidad de los adoptantes, circunstancia que en nada se vincula con su interés superior. Tratándose de una

⁵⁶ BARCIA Y RIVEROS (2013), pp. 219-220.

⁵⁷ Art. 26 N° 2 Inc. 2: "Cuando se acoja la adopción de dos o más personas y la diferencia de edad entre ellas fuere inferior a doscientos setenta días, la sentencia, al precisar la fecha de nacimiento de cada uno, cuidará de que exista entre sus fechas de nacimiento el plazo referido. Lo mismo se hará cuando igual situación se presente entre el o los adoptados y los hijos de los adoptantes, procurando en estos casos que exista la diferencia mínima de edad mencionada. Si la diferencia de edad entre los adoptados o entre éstos y los hijos de los adoptantes es muy pequeña, podrá establecerse como fecha de nacimiento la misma, de modo que aparezcan nacidos en el mismo día. En caso de que el menor haya nacido antes del matrimonio de los adoptantes, el juez, prudencialmente, podrá establecer como fecha del nacimiento una que concilie la edad que aparente el menor con la posibilidad de que hubiese sido concebido por los adoptantes. Estas normas no se aplicarán cuando los solicitantes hubieren renunciado a la reserva del artículo 28, salvo que hubieren pedido expresamente en la solicitud de adopción que se apliquen".

solicitud que al respecto deben cursar los solicitantes y, de una tarea que el juez debe ejercer para que así sea determinado, el llamado desde las prerrogativas de la infancia y la adolescencia, es a no efectuarla ni ejercerla, mientras no sea modificada la norma en comento, lo que huelga decir se hace eminentemente necesario.

2.6. Principio de la inseparabilidad de los hermanos y hermanas

Como hemos analizado, la adopción constituye una medida de protección subsidiaria a su familia de origen en favor de NNA privados de un medio afectivo y de cuidados en el que puedan alcanzar su pleno desarrollo que, sustentando en su interés prevalente, busca restablecer su derecho a vivir en familia dando lugar a un nuevo *status familiae* que, en un sistema de régimen único de filiación adoptiva como el nuestro, inevitablemente trae aparejadas consecuencias en los elementos que constituyen el sustrato de su identidad personal. Con el objeto de mantener ciertos vínculos afectivos de relevancia que cautelen el derecho a la identidad, particularmente en su faz dinámica⁵⁸, que comprende los lazos significativos y experiencias de los que las personas nutren su desarrollo, se contempla el principio de inseparabilidad de los hermanos, plasmado en el inc. 5° del Art. 23 LA al disponer, “En caso de que dos o más menores que se encuentren en situación de ser adoptados sean hermanos, el tribunal procurará que los adopten los mismos solicitantes”. Si bien, del tenor de la disposición se desprende como una posibilidad, el interés superior de los niños y niñas involucrados, sin duda, lo erige como una máxima que debe ser respetada propiciando su efectividad. Una alusión a este principio también la podríamos desprender del inc. 2° del numeral 2 contenido en el Art. 26 de la ley, no obstante las observaciones que hemos formulado a esta norma desde el derecho a la identidad, que vale también plantear en el caso que sean adoptadas dos o más personas, como lo señala la referida disposición.

Nuestra Corte Suprema se ha pronunciado sobre el principio que comentamos en la sentencia de fecha 29 de mayo de 2020, pronunciada en la causa rol N°23.696-2019⁵⁹, resolviendo en su considerando 5°: “Que como consta de los supuestos fácticos establecidos, las hermanas han sido sometidas a institucionalización desde su primera infancia, siempre juntas, generándose entre ellas un vínculo especial e insoslayable, tal como se advierte de las audiencia

⁵⁸ Autores como Fernandez, Gete-Alonso, Gomez, identifican dos dimensiones de la identidad personal: la estática, conformada por los signos distintivos de la persona, por regla general, invariables; y, la dinámica, configurada por las experiencias y el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad, en constante evolución a lo largo de la vida. FERNANDEZ (1992), pp. 55, 113 – 114; GÓMEZ (2007), p. 94; GETE-ALONSO (2017) pp. 661–678.

⁵⁹ Corte Suprema, recurso de casación en el fondo, rol N° 20.885-2020, considerando 8° y 9°, reservada.

reservadas, por lo que en virtud del principio de inseparabilidad de las hermanas, consagrado en el artículo 23 de la ley N° 19.620, con el fin de resguardar debidamente el interés superior de ambas niñas y su derecho de identidad, el Servicio Nacional de Menores velará porque las niñas sean adoptadas por idénticos solicitantes”. Respecto el fallo se realiza una prevención en el mismo que profundiza en el principio que analizamos señalando: “el fallo, de acuerdo a sus fundamentos, en especial la conducta y opinión de las niñas contiene implícitamente la aplicación del principio de inseparabilidad de los hermanos en el procedimiento que concluye en la declaración judicial de la situación de adoptabilidad y respeta de esta forma el artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, pues la vinculación de las hermanas se ha forjado de una manera indisoluble en el transcurso de su convivencia común por largos años en la institución que las acogió, según la importante referencia de los antecedentes de la causa y ello forma parte de la única construcción familiar de sus identidades, incluyendo en ella el vínculo de consanguinidad, también la historia institucional y su relación de afecto y enseñanzas vitales; por lo que, a juicio del prevencionista, conforme a tal realidad biológica, afectiva y cultural; en suma, tales lazos afectivos indisolubles hacen que una adopción por separado de las hermanas traiga como consecuencia más daño a la proyección afectiva y familia personalizada entre ambas, que beneficios, por lo que estuvo por ordenar al Servicio Nacional de Menores que la adopción de ellas sea de manera conjunta”.

En este contexto y en respeto de los vínculos afectivos significativos para el NNA cuya filiación es adoptiva, en la búsqueda de respetar y cautelar su derecho a la identidad, merece plantearse el cuestionamiento acerca de contemplar dentro del sistema de adopción la posibilidad de mantener vínculos afectivos con otros parientes que pudieran ser referentes en la vida del niño, cuya ruptura pudiere perjudicarlo gravemente, pero que no cuenten con las condiciones para asumir su cuidado, pensemos por ejemplo en hermanos de mayor edad o abuelos, último que puede presentarse, particularmente, en el caso de la denominada adopción por integración. La normativa nacional no contempla tal posibilidad, el efecto radical de la adopción implica la total ruptura con la familia de origen, tanto en el orden legal como en el afectivo, quedando confiada sólo a la voluntad de los padres la existencia de cualquier vinculación de este último tipo, que pudiera ser de importancia para el niño. En sistemas extranjeros⁶⁰

⁶⁰ V.Gr. Art. 235 47.4 CCCat: “La autoridad judicial excepcionalmente, a propuesta de la entidad pública competente o del ministerio fiscal, puede disponer que se mantengan las relaciones personales del adoptado con la familia de origen en los supuestos a que se refiere el Art. 235.44.4 o si existen vínculos afectivos cuya ruptura sea gravemente perjudicial para el interés del menor”.
Art. 621 CCyCom. Facultades judiciales. El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño.

podemos apreciar que como una medida de excepción, de la mano del interés superior del hijo y en la idea de potenciar su desarrollo, se atribuye a la autoridad judicial la facultad de disponer la mantención de relaciones personales con algún miembro significativo de la familia biológica, cuestión que, por cierto, debe apreciarse en cada caso concreto según las circunstancias.

2.7. Principio de la Prioridad de la adopción nacional y subsidiariedad de la adopción internacional

En la comprensión de este último principio confluyen los alcances que hemos ido efectuando en nuestros anteriores análisis, unido al reconocimiento de que "la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen" (Art. 21 b) CIDN). Se trata de un medida subsidiaria a la adopción nacional, caracterizada en que los solicitantes de la adopción residen en un Estado distinto al del NNA adoptado, no apunta por tanto a la nacionalidad de los intervinientes sino a su lugar de residencia, denominándose Estado de Origen a aquel del que procede el niño respecto del cual se adopta esta medida; y, Estado Receptor al de residencia de los solicitantes⁶¹. En tanto pone en contacto dos legislaciones diversas y con el fin de resguardar los derechos del NNA que haya de trasladarse de un Estado a otro, la misma convención en la letra e) del Art. 21 promueve la concertación de acuerdos internacionales, contexto en el cual se enmarca el Convenio de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional, al que ya nos hemos referido en la parte introductoria. El trabajo mancomunado entre los Estados se estructura en base a autoridades centrales en materia de adopción internacional⁶² que en el caso de Chile se ha establecido en la Dirección Nacional del Servicio Nacional de Menores, valga el comentario respecto la modificación de institucionalidad contenida en la Ley N° 21.302, de reciente publicación.

De las reglas contenidas en la Ley N° 19.620 también se desprende la subsidiariedad de la adopción internacional, sin embargo y conforme las observaciones planteadas al analizar el principio de la preferencia de la familia

Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción".

⁶¹ Art. 2, Decreto Ley 1.215, de 1999.

⁶² Capítulo III y Art. 23.2, Decreto Ley 1.215, de 1999.

matrimonial en nuestro sistema, podemos concluir un alcance parcial de esta subsidiariedad. En efecto, conforme al Art. 30 LA, la constitución de adopción por personas no residentes en Chile procede ante la inexistencia de matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile interesados en adoptar al NNA del cual se trate concretamente, es decir, la subsidiariedad de la adopción internacional cede con respecto a las personas solteras, divorciadas o viudas con residencia en Chile, teniendo también en consideración lo dispuesto por el Art. 21. La trascendencia de esta conclusión incide directamente en el derecho a la identidad del NNA adoptado, compuesto por diversos elementos, entre ellos, las relaciones de familia, el nombre y la nacionalidad. Como hemos advertido, de adoptarse la medida de *ultima ratio* que provoca la ruptura con sus vínculos de origen se producirá una alteración en dos de los elementos señalados, inevitablemente mutarán sus relaciones de familia y con ello los apellidos atribuidos, quedando sólo la nacionalidad como sustrato que lo vincula con costumbres, que le da pertenencia a un sistema socio-cultural, y que le da acceso a un idioma que le permite expresarse, entre otras circunstancias influyentes en su personalidad. Una adopción que implique el traslado del niño a un Estado extranjero sólo podría justificarse en el interés prevalente del NNA, conforme las circunstancias del caso pues, de otra forma provocará desarraigo y un trastorno en todos los elementos de su identidad personal, de ahí el principio de preferencia de la adopción nacional y lo que podría estimarse como doble subsidiariedad de la adopción internacional.

En el caso de proceder una adopción internacional el sistema nacional optó por exigir que el proceso de adopción se complete y la filiación adoptiva se constituya en Chile, de acuerdo a los procedimientos establecidos por la Ley N° 19.620, seguidos ante Tribunal competente. Una vez determinada la filiación a favor de los solicitantes residentes en el extranjero y, previa certificación de conformidad⁶³ de la autoridad central del Estado de origen, en este caso Chile, se autoriza el desplazamiento del niño con su padres a su lugar de residencia en el extranjero.

En el ámbito de decisiones de tribunales suprenacionales, la adopción internacional también ha tenido reconocimiento en los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la sentencia de fecha 09 de marzo de 2018, pronunciada en el caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Fondos, reparaciones y Costas⁶⁴, se alude a ella como “una forma permanente de cuidado sustituto que puede contemplarse como una de las posibles medidas de protección, alternativas al entorno familiar, bajo el artículo 19 de la Convención Americana. La adopción internacional, a diferencia de otras

⁶³ Art. 23.1, Decreto Ley 1.215, de 1999.

⁶⁴ Párrafo 201 – 204, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf, consultada 07 de enero de 2021.

medidas de cuidado permanente, separa al niño no tan solo de su entorno familiar sino de su propio país. En virtud de ello el derecho internacional exige el cumplimiento de una serie de requisitos materiales y procesales, en todas las etapas del procedimiento de adopción, para proteger los derechos humanos y los mejores intereses de cualquier niño que está siendo considerado para ser dado en adopción en el extranjero". A su respecto califica al conjunto de normas que buscan garantizar los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes como el *corpus iuris* internacional que define el contenido del Art. 19 de la Convención Americana que, en el marco de las adopciones internacionales se ven reflejadas en el Art. 21 de la CIDN, la que establece obligaciones específicas para los Estados de relevancia en los procesos de adopción, las que se ven complementadas con el Convenio de la Haya sobre Adopciones Internacionales ratificada por la mayoría de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos.

III. REQUISITOS DE LA ADOPCIÓN

Para concluir el análisis de tan interesante institución del derecho de familia, nos centraremos en enunciar sus requisitos desde el punto de vista de los NNA vinculados en un proceso de adopción y, desde el de los solicitantes de una adopción, teniendo en consideración las observaciones que hemos venido formulando en el desarrollo del presente trabajo.

1. Niños, niñas o adolescentes adoptados

Respecto los niños, niñas o adolescentes en relación con los cuales se busca constituir filiación por vía de adopción:

1. Debe tratarse de un menor de edad⁶⁵, conforme lo dispuesto por el Art. 8° LA.
2. Debe encontrarse en alguna de las situaciones contempladas por el Art. 8° LA, que dan lugar al inicio de un procedimiento previo de adopción:
 - a) Haber sido puesto voluntariamente a disposición del tribunal por su padre, madre o ambos.
 - b) Ser descendiente de uno de los adoptantes.

⁶⁵ En sistemas extranjeros como el español, excepcionalmente se permite la adopción de personas mayores de edad, exigiendo una situación de acogimiento o convivencia ininterrumpida previa y estable con anterioridad a la emancipación, de al menos 1 año (Art. 175.2 Código Civil español). El proyecto de ley de reforma integral a la adopción en Chile, Boletín 9.119-18, en su versión actual, contempla esta hipótesis como situación de excepción respecto personas mayores de 18 y menores de 28 años.

c) Haber sido declarado como susceptible de ser adoptado por cumplirse una o más de las hipótesis contempladas en el Art. 12 de la Ley de Adopción, en relación con el Art. 226 del código civil; y el Art. 42 de la Ley N° 16.618.

3. Por regla general, debe existir respecto su situación una sentencia ejecutoriada que determine su adoptabilidad.

Variados son los alcances que pueden efectuarse respecto las hipótesis que contempla la LA para dar inicio a un procedimiento previo de adopción a favor de un NNA. No podemos pasar por inadvertidas las observaciones en atención a la situación de desamparo de los hijos frente a la inhabilidad física y/o moral de sus padres; el rol del Estado en su protección y cuidado; y, las graves reiteraciones en la vulneración de sus derechos producto de su institucionalización en centros y hogares de protección que se convierte en una medida más permanente de lo que se pretende. Lograr el efectivo cumplimiento de las prerrogativas de infancia en esta materia, debemos reiterar, se torna urgente⁶⁶.

Sin embargo, existen también otras situaciones que se presentan en relación con las hipótesis contempladas en el Art. 8° LA, vinculadas con los derechos de la infancia y la adolescencia que merecen nuestra atención, en su virtud, seguidamente nos referiremos al tratamiento de la denominada adopción por integración y el alcance que tiene en nuestro sistema, conceptualizada por Corral como "aquella en el menor se encuentra en desamparo sólo respecto uno de sus progenitores y no del otro que lo mantiene bajo sus cuidado y asistencia y que, además, lo ha insertado en el hogar que ha conformado con su marido o mujer, quien, a pesar de no ser ascendiente biológico del hijo de su cónyuge, lo trata y lo quiere como tal"⁶⁷. Fácticamente se encuentra constituida una relación paterno o materno filial a la que se busca dar constancia formal mediante la adopción.

En nuestro sistema la adopción integrativa se contempla en la letra b) del Art. 8° LA que, entre los menores de edad que pueden ser adoptados señala a aquel que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 11. Del análisis de esta última norma podemos distinguir las siguientes situaciones:

- a) Adopción por el nuevo cónyuge del padre o madre
 - Hijo reconocido únicamente por la vía del padre o madre que contrajo matrimonio.
 - Hijo matrimonial o reconocido por ambos padres

⁶⁶ Ley de garantías de los derechos de la niñez, boletín 10.315-18.

⁶⁷ CORRAL, cit (n. 4), p. 162.

b) Adopción en que uno de los solicitantes sea otro ascendiente consanguíneo

Nuestro sistema otorga un tratamiento amplio a la figura en comento pues, además de la premisa central construida sobre el lazo afectivo forjado entre un NNA y el cónyuge de su padre o madre, incorpora también la posibilidad de ser adoptado por otro ascendiente consanguíneo. En ambos casos, la solicitud es conjunta y el niño cuenta con filiación determinada o relación de parentesco -descendencia consanguínea- con uno de los integrantes de la familia matrimonial que solicita su adopción. Preliminarmente las primeras observaciones que se formulan⁶⁸ apuntan a cuestionar en estos casos el cumplimiento de la función proteccional de la institución, pues se trataría de un niño ya inserto en un grupo familiar de origen que le procura su bienestar y la satisfacción de sus necesidades espirituales y materiales. Se expone, además, la difícil situación del niño en relación con el padre o madre y la línea familiar que busca ser desplazada, fracturándose todo vínculo a su respecto en la hipótesis de adopción por nuevo cónyuge; y, la confusión de roles que acarrea al niño la superposición de vínculos filiales en el caso de adopción por otro ascendiente consanguíneo del padre o madre.

A los comentarios planteados podemos agregar el confuso tratamiento dado por el legislador en los Arts. 8 letra b) y 11 a la primera situación pues convierte al padre o madre del NNA en solicitante de adopción conjuntamente con su cónyuge, siendo únicamente a éste último a quien correspondería efectuar tal solicitud. En sistemas jurídicos extranjeros el tratamiento de la adopción por integración se traduce derechamente en la regulación de solicitud de adopción por nuevo cónyuge o pareja del padre o madre, nomenclatura que aporta claridad y precisión jurídica a la figura de que se trata⁶⁹.

Detenida apreciación merece la situación del padre o madre que busca ser desplazado, en relación con la efectiva configuración de las causales legales para declarar la susceptibilidad de adopción, contenidas en el Art. 12 LA. Al respecto y resolviendo, precisamente, un recurso de casación en el fondo en una causa por susceptibilidad de adopción relativa a una adopción por integración, nuestra Corte Suprema⁷⁰ señaló: “En el contexto de una “adopción por integración”, el principio de subsidiariedad obliga a preguntarse si la ausencia del padre durante la mayor parte de la vida de su hijo, es suficiente para desvincularlo definitivamente de él, en circunstancias que a sus 14 años de edad queda

⁶⁸ CORRAL, cit (n. 4), pp. 164-165; ALVAREZ, cit (n.43), p.352; BRAVO (2017), p. 328.

⁶⁹ En el proyecto de ley de reforma integral a la adopción en Chile, Boletín 9119-18, en su versión actual, trata la hipótesis denominándola adopción por integración, dedicando un Título particular para su tratamiento.

⁷⁰ Corte Suprema, recurso de casación en el fondo, rol N° 2.184-2019, sentencia de fecha 31 de enero de 2020, considerando 7°, reservada.

aún un período importante de su desarrollo en que la participación o presencia del padre puede ser beneficiosa en el orden de los afectos y estabilidad emocional, teniendo especialmente en consideración el significado de reencontrarse con sus raíces y la posibilidad de conocer a su familia extendida por el lado paterno. La premisa anterior permite entender, por otra parte, que, por más positivo que sea consolidar jurídicamente el amor filial que el marido de su madre le ha brindado en estos años, desde la otra cara, es una pérdida o herida con que el menor habrá de lidiar el resto de su vida, puesto que, de algún modo, significa también asumir el abandono del padre, con todo lo que aquello puede conllevar en su desarrollo y aún en edad más madura. Desde esta perspectiva, el interés superior del niño, niña o adolescente que ha de estar presente en todo el proceso de adopción aconseja atender a la oportunidad que se abre para éste, de construir una relación con su padre, sin dejar de contar con el afecto y protección que le entrega la familia formada por su madre y padrastro, más aún si se considera que es posible restablecer el vínculo del menor con su padre biológico, sin menoscabar la figura de apego y protección que representa el marido de su madre”.

Centrados en las prerrogativas de la niñez y la adolescencia y en la comprensión armónica de los principios del interés superior del adoptado y su derecho a la identidad se abre, aunque de manera excepcional, la interrogante sobre que éste pueda continuar manteniendo relaciones personales con miembros significativos de la familia de origen, no obstante el efecto de la adopción en un sistema como el nuestro. Cuestionamientos como éste adquieren particular relevancia en los casos de adopción por integración, especialmente en caso de fallecimiento del padre o madre.

En los supuestos que contempla la norma, si el NNA tuviere filiación determinada sólo por una vía, se aplica directamente el procedimiento de adopción; En caso que tenga filiación determinada por ambas vías, el padre o madre a quien se busca desplazar puede consentir en la adopción u, oponerse, caso en el cual deberá instarse la declaración de susceptibilidad de adopción.

En todos los casos el interés prevalente del hijo o hija debe constituir el centro, que se construye caso a caso en base a las circunstancias concretas en relación específica con el NNA de quien se trata. No podemos dejar de mencionar que en la incardinación de este principio rector con el derecho a la identidad del NNA, particularmente en su dimensión dinámica, la adopción integrativa puede constituir un aporte a la configuración de su personalidad, contribuyendo a su libre desarrollo.

Relativo a la segunda situación que desarrolla el Art. 11 LA, adopción por otros ascendientes del padre o madre del NNA, hipótesis prohibida en sistemas jurídicos extranjeros⁷¹, la vulneración al derecho a la identidad resulta evi-

⁷¹ v.gr. Art. 175 N°3.1 del CC Español; y, Art. 601 b) del CCy Com Argentino.

dente. A su respecto y, como lo mencionamos en el acápite en que analizamos el principio de subsidiariedad de la adopción, existiendo las vías legales para atribuir el cuidado de un NNA a sus abuelos u otros ascendientes para asumir responsablemente su crianza en caso de inhabilidad de los padres; o, para procurar al niño alguna prestación económica o asistencial, aplicar la institución para constituir filiación adoptiva no encuentra sustento⁷².

2. Adoptantes

Respecto las personas que quieren constituir filiación adoptiva, es decir, los adoptantes, los Arts. 20, 21 y 31 LA disponen una serie de requisitos, según se trate de una adopción conjunta (nacional o internacional) o individual, siendo la mayoría de ellos comunes los trataremos en forma conjunta:

1. Dos o mas años de duración del matrimonio.
2. Requisito aplicable a la adopción conjunta el que, conforme al inc. 4 del Art. 20 LA se ve excepcionado en caso que a uno o ambos cónyuges afecte infertilidad, circunstancia que claramente apunta al interés de los solicitantes y en que no logramos divisar su relación con el interés superior del adoptado, importante es recordar que la adopción se centra en restablecer el derecho del NNA a vivir en familia y no en dar descendencia a los solicitantes.

Que cuenten con evaluación de habilidades para asumir la parentalidad adoptiva.

El inc. 1° del Art. 20 y las disposiciones que se remiten a él se refieren a este requisito como una evaluación física, mental, psicológica y moral de idoneidad. Sin entrar en los detalles que pueden merecer cada uno de los aspectos mencionados en la norma y las posibilidades ciertas de concluir una evaluación a su respecto, sobre todo en aquellos que presentan componentes de subjetividad en su apreciación, preferimos aludirlo como una evaluación de habilidades parentales con el objeto de asegurar que quienes se conviertan en solicitantes de una adopción cuenten con las capacidades para dotar al niño de un medio familiar idóneo que de sustento a su bienestar y desarrollo integral.

3. Mayores de 25 años y menores de 60.
4. Que tengan una diferencia de 20 años o mas con el niño, niña o adolescente respecto de quien quieren constituir filiación adoptiva.

Los últimos dos requisitos presentan situaciones de excepción:

- Pueden ser rebajados hasta por 5 años por resolución fundada del juez.

⁷² ALVAREZ, cit (n.43), pp. 352-353.

- No son exigibles si uno de los adoptantes es ascendiente por consanguinidad del NNA adoptado.

Para finalizar, hacer mención de algunas situaciones particulares respecto los matrimonios:

- La adopción conjunta no puede ser concedida a cónyuges que se encuentren separados judicialmente, no obstante el cumplimiento de los requisitos legales (Art. 20 inc. final).
- Habiendo sido iniciado un procedimiento de adopción por cónyuges, se puede conceder la adopción aun cuando sobrevenga su separación judicial o divorcio en el transcurso del proceso, si así conviniere al interés superior del NNA adoptado.
- La adopción puede otorgarse al viudo o viuda si la tramitación a su respecto se ha iniciado en vida del cónyuge fallecido o éste manifestó su voluntad de adoptar en forma conjunta antes de su fallecimiento (Art. 22 inc. 1° y 2°).

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALVAREZ ESCUDERO, Rommy, "Observaciones al actual sistema de adopción en Chile. Análisis y proyecciones" en ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela y DEL PICÓ RUBIO, Jorge (Edit.), *Estudios de Derecho Familiar*, Editorial Universidad de Talca, 2017, pp. 333 - 356.
- ALVAREZ ESCUDERO, Rommy, *Daños en las relaciones familiares y el derecho a la identidad en la filiación*, Thomson Reuters, Santiago, 2019.
- ALVAREZ ESCUDERO, Rommy "El derecho a conocer el origen biológico en la adopción y en las técnicas de reproducción humana asistida con donante. Una tarea pendiente", en MONDACA MIRANDA, Alexis y AEDO BARRENA, Cristián (Edit.), *Estudios de Derecho de Familia IV*, Thomson Reuters, Santiago (2019), pp. 345 - 366.
- BAELO ALVAREZ, Manuel, *Los orígenes de la adopción desde una perspectiva socio-jurídica*, Dykinson, Madrid, 2014.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Fundamentos del derecho de familia y de la infancia*, Legalpublishing, Santiago, 2011.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo y RIVEROS FERRADA, Carolina, "El derecho al conocimiento del origen biológico como un derecho fundamental de naturaleza civil-constitucional derivado del derecho a la identidad y de la dignidad humana", en GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (Dir.), *Técnicas de reproducción humana asistida. Desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria*, Legalpublishing, Santiago, 2013, pp 189-221.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, "Segundo Informe de Comisión de Constitución" en *Historia de la Ley N° 19.620*, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6606/>, consultada: 05 de enero de 2021.
- "Historia de la Ley N° 20.830", <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/45283/1/HL20830.pdf>, pp. 895-896, consultada: 07 de enero de 2021.

- BRAVO SILVA, Daniel, "Las familias ensambladas y la adopción: La adopción por integración" en ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela y DEL PICÓ RUBIO, Jorge (Edit.), *Estudios de Derecho Familiar*, Editorial Universidad de Talca, 2017, pp. 323 – 332.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, "Observación General N° 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado", 2009, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>, consultada: 05 de enero de 2021.
- "Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial", 2013, https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3990, consultada: 05 de enero de 2021.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Adopción y filiación adoptiva*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- CORTE SUPREMA, "Informe Proyecto de Ley 20-2019", 2019, <http://decs.pjud.cl/corte-suprema-emite-informe-sobre-proyecto-de-reforma-integral-al-sistema-de-adopcion/>, consultada: 06 de enero de 2021.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad Personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- GETE-ALONSO Y CALERA, Maria del Carmen, "Expresiones jurídicas del ejercicio de la identidad personal y de la autodeterminación", *Espaço Jurídico Journal of Law*, Vol.18, N°3, pp. 661–678, 2017.
- GOMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Derecho a la identidad y filiación*, Dykinson, Madrid, 2007.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, *El sistema filiativo chileno*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac y PINOCHET OLAVE, Ruperto, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, N° 3, pp. 903 – 934.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, "Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia: El Niño, Niña y Adolescente como Epicentro del Sistema", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 248 (Julio–Diciembre) 2020, pp. 293-324.
- ROCA I TRIAS, Encarna, *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.
- Normas jurídicas citadas:
- Ley N° 5.343, establece los derechos y obligaciones referentes a la adopción. Diario Oficial, 06 de enero de 1934.
- Ley N° 7.613, establece disposiciones sobre la adopción. Diario Oficial, 21 de octubre de 1943.
- Ley N° 18.703, dicta normas sobre adopción de menores y deroga la ley n° 16.346. Diario Oficial, 10 de mayo de 1988.
- Ley N° 19.620, dicta normas sobre adopción de menores. Diario Oficial, 05 de agosto de 1999.
- Ley N° 19.968, crea los tribunales de familia. Diario Oficial, 30 de agosto de 2004.
- Ley N° 19.585, modifica el código civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Diario Oficial 26 de octubre de 1998.
- Ley N° 21.302, que crea el Servicio de Protección a la Niñez y modifica normas legales que indica. Diario Oficial, 05 de enero de 2021.

- DFL 1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.808 sobre Registro Civil, de la Ley N° 17.344 que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618 de Menores, de la Ley N° 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271 de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Diario Oficial, 30 de mayo de 2000.
- Decreto N° 830, promulga Convención sobre los Derechos del Niño. Diario Oficial, 27 de septiembre de 1990.
- Decreto N° 1215, promulga la Convención Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional. Diario Oficial, 04 de octubre de 1999.
- Decreto N° 944, aprueba Reglamento de la Ley N° 19.620 que dicta normas sobre adopción de menores. Diario Oficial, 18 de marzo de 2000.
- Código Civil y Comercial argentino.
- Código Civil chileno.
- Código Civil español.
- Código Civil catalán.
- Jurisprudencia citada:
- Corte Suprema, rol N° 6.904-2015, 15 de diciembre de 2015, reservada.
- Corte Suprema, rol N° 16.580-2018, 04 de julio de 2019, identificador LTM: 19067.092.
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2.115-2019, 26 de noviembre de 2019, identificador LTM: 18584313.
- Corte Suprema, rol N° 2.184-2019, 31 de enero de 2020, reservada.
- Corte Suprema, rol N° 16.345-2019, 02 de marzo de 2020, reservada.
- Corte Suprema, rol N° 12.128-2019, 03 de marzo de 2020, reservada.
- Corte Suprema, rol N° 20.885-2020, 30 de junio de 2020, reservada.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y Costas, 24 de febrero 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Fornerón e hija vs Argentina. Fondo, reparaciones y Costas, 27 de abril de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y Costas, 09 de marzo de 2018.
- Iniciativas de ley citadas:
- Boletín 9.119-18, proyecto de ley sobre reforma integral al sistema de adopción en Chile.
- Boletín 10.315-18, proyecto de ley que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez.