

**UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO**



LA ADOPCION ENCUBIERTA

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

DENISSE JUICA VENEGAS

Profesor Guía: Sr. Mario Opazo González

**Valparaíso- Chile
2011**

A mis padres:

A quienes les debo todo lo que soy y los que me dieron el apoyo necesario al nunca perdieron la fe en mí.

A mi hermano:

Que desde siempre ha enriquecido mi vida con lo mejor de sí.

A mi marido:

Por ser mi fuerza, mi complemento, mi refugio y la fuente de gran parte de mi felicidad.

INDICE

INTRODUCCION	5
CAPÍTULO I	8
Breve referencia a la evolución histórica de la legislación, en Chile, de la adopción	8
Ley 19.620, la “Ley de Adopción”	16
Procedimiento previo de adopción.	16
i. La cesión voluntaria.	17
ii. La regularización.	23
iii. La declaración de susceptibilidad de adopción.	26
a) Inhabilidad.	26
b) Abandono.	35
c) La entrega del niño a una institución pública o privada o a un tercero con ánimo manifiesto de desentenderse de sus obligaciones legales	36
Requisitos para poder adoptar: Proceso de evaluación.	42
i. Requisitos que deben cumplir los matrimonios interesados en la adopción con residencia permanente en Chile	43
ii. Requisito general que deben cumplir las personas solteras, divorciadas o viudas.	45
iii. Requisitos que deben cumplir los matrimonios sin residencia permanente en Chile.	46
Procedimiento de adopción propiamente tal.	49
i. Personas con residencia permanente en Chile.	50
a) Solicitantes que tienen el cuidado personal del niño que pretenden adoptar.	50
b) Solicitantes sin el cuidado personal del niño.	52
ii. Personas sin residencia permanente en Chile.	53
iii. Sentencia definitiva recaída en el proceso de adopción propiamente tal.	56
Efectos de la adopción.	59
CAPITULO II	62
La filiación por naturaleza.	62
1. Parto	62
2. La presunción de paternidad	64
3. El reconocimiento	65

4. Sentencia definitiva firme recaída en juicio de filiación.	70
i. Acciones de reclamación.	70
ii. Acciones de impugnación.	76
a) Paternidad determinada por presunción	77
b) Paternidad determinada por reconocimiento	78
c) Maternidad	78
d) Maternidad y/o paternidad determinadas judicialmente.	79
Principios que fundamentan las leyes de adopción y filiación.	80
Principios en los que se funda la Ley de Filiación.	83
Principios que fundamentan la Ley de Adopción.	86
CAPITULO III	90
La adopción encubierta	90
1. Entrega directa	91
2. Reconocimiento doloso de paternidad.	92
i. Con el consentimiento de la madre.	92
ii. Sin el conocimiento de la madre.	94
3. Falso parto.	94
Posibles soluciones a estos problemas	95
1. Establecer estrictos requisitos para determinar la filiación por naturaleza	96
i. Determinación de la maternidad.	96
ii. Determinación de la paternidad.	97
2. Aumentar los legitimarios activos para interponer la acción de impugnación de una filiación determinada.	97
3. Limitar la aplicación de la posesión notoria del estado civil de hijo, así como su valor probatorio.	99
4. Limitar los legitimados activos para interponer la solicitud de declaración de adoptabilidad del niño.	100
5. Sancionar a las personas que incurran en las conductas constitutivas de adopción encubierta.	101
CONCLUSION.	102
BIBLIOGRAFÍA	105

INTRODUCCIÓN

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad, así como el medio ideal para el desarrollo del ser humano, es por ello que el derecho se ocupa de regular y proteger las relaciones que ella nacen. Cuando nace una persona en nuestro país, es la Ley 19.585 la que se ocupa de regular la forma en la que se determinarán sus relaciones de familia. Pero el nacimiento no es la única forma en la que una persona se hace parte de una familia que se encuentra reconocida por nuestro ordenamiento jurídico, encontramos también la Ley 19.620 que regulando la adopción busca garantizar el derecho que todo niño tiene a desarrollarse en seno de una familia que le brinde afecto y procure la satisfacción de sus necesidades espirituales y materiales.

Sin embargo, pese a que existen alternativas que nos permiten interactuar en el marco de lo legal y lo ético, existen personas que buscan incorporar un nuevo miembro a la familia sin respetar la normativa legal vigente. En el contexto de mi práctica profesional tuve la ocasión de intervenir como Curador Ad Litem de una niña que había sido entregada por su madre a un matrimonio para que se hiciesen cargo de su cuidado y crianza.

Los cuidadores se acercaron al Tribunal de Familia competente solicitando, como medida de protección a favor de la niña, se les otorgue su cuidado personal, argumentando que la madre de la niña es una mujer que se dedica al comercio sexual y que no deseaba asumir sus responsabilidades como madre. Meses más tarde la madre de la niña se acercó a dicho matrimonio ofreciendo al matrimonio la posibilidad de que la niña permaneciera - definitiva y legalmente - como miembro de su familia, exigiendo para ello el pago de doscientos mil pesos; ofrecimiento rechazado por los cuidadores. Meses más tarde los cuidadores recibieron una notificación del Tribunal de Familia, a través de la cual se les pone en conocimiento de que el padre de la niña demanda el cuidado personal de esta.

Tomando en consideración el oficio de la madre y la historia relatada por los cuidadores - la que se presentaba como verosímil por haberse producido la determinación de la paternidad de la niña con posterioridad a la oferta que la madre hizo a los cuidadores - nos hizo parecer a todos los intervinientes en el proceso que esa repentina aparición de un padre era -a lo menos- sospechosa. ¿Habrá vendido esa madre a su hija? ¿Es posible que para una madre sea tan fácil realizar transacciones respecto de la determinación de la paternidad de sus hijos? ¿Cuál es el sistema filiativo en nuestro país? ¿Cuáles son las formas a través de las cuales se puede determinar la filiación por naturaleza en nuestro país? ¿Cuál es el proceso mediante el cual se constituye la filiación adoptiva? ¿Cuáles son las finalidades que tienen las leyes de Filiación y Adopción, cuáles son sus objetivos, los principios sobre los que se fundan y los derechos que pretenden garantizar? ¿Cuáles son las

formas a través de las cuales se puede vulnerar la Ley de Adopción? Y ¿Cómo podremos eliminar el problema de la adopción encubierta?

Para intentar dar respuesta a estas interrogantes, durante el desarrollo de nuestra memoria analizaremos en primer lugar la Ley de Adopción, ofreceremos una visión práctica del proceso que debe vivir el niño para ser considerado en situación de ser adoptado, esto es, el procedimiento previo de adopción, estudiando separadamente cada una de las causales que según la ley justifican la solicitud de declaración de adoptabilidad de un niño; los posibles escenarios procedimentales, estudiando la sentencia de manera conjunta ya que sea cual sea la causal invocada, las menciones que ella debe contener son las mismas. En segundo lugar, el camino que los interesados en la adopción deben recorrer para ser considerados idóneos para la adopción, distinguiendo entre los requisitos que deben cumplir los matrimonios con residencia permanente en Chile, los interesados solteros, viudos o divorciados y los matrimonios sin residencia permanente en Chile. En tercer lugar, el procedimiento de adopción propiamente tal, los requisitos de la presentación de la solicitud de adopción para las personas con residencia permanente en Chile y sin ella; los escenarios procedimentales en uno y otro caso y las menciones que debe contener la sentencia definitiva que recaiga en el procedimiento de adopción.

Del mismo modo, expondremos los efectos de la adopción. Dejando a un lado temas que no son de estricta competencia de nuestra investigación como, por ejemplo las adopciones múltiples o sucesivas, tampoco haremos mención a temas como los derechos de los abuelos cuando los padres deciden ceder a sus hijos en adopción como tampoco nos referiremos a temas tan complejos como determinar si los embriones humanos son sujetos de adopción u objetos de transacción.

Por otro lado, analizaremos desde la Ley de Filiación las formas de determinación de la filiación, esto es, el parto, la presunción de paternidad, el reconocimiento y la sentencia definitiva firme recaída en juicio de filiación; por lo que estudiaremos las acciones de filiación. Junto a ello, realizaremos un análisis sobre los principios que fundamentan las leyes de Adopción y Filiación, refiriéndonos principalmente al supra-principio que fundamenta a ambas leyes: el principio del Interés Superior del Niño.

En una última instancia, dedicaremos nuestra investigación a resolver gran parte de las interrogantes antes propuestas, dicho de otra forma, investigaremos sobre las formas a través de las cuales se vulnera la Ley de Adopción, poniendo especial énfasis en la adopción dolosa de paternidad ya que esta forma de adopción encubierta se nos presenta con ocasión de la aplicación de la Ley de Filiación. Dedicaremos atención a ofrecer posibles soluciones a dicho problema.

En síntesis, nuestro trabajo pretende analizar las leyes de adopción y filiación con el fin de exponer las formas mediante las cuales se vulnera el procedimiento de adopción y así ofrecer soluciones a esta problemática.

CAPITULO I

LA ADOPCION EN CHILE

Breve referencia a la evolución histórica de la legislación, en Chile, de la adopción

La primera mención que debemos hacer, es que el Código Civil de 1855 no contemplaba la adopción, sin que conste en alguna parte la verdadera razón de la omisión. Algunos sostienen que la adopción como institución no estaba arraigada en la sociedad chilena de la época por lo que era innecesario legislar al respecto, lo que nos parece una razón bastante lógica, pues Bello, siendo un gran conocedor del derecho romano, y a demás teniendo como base el Código Civil francés, no pudo haber desconocido dicha institución.

La Ley 5.343, de 6 de enero de 1934 fue la primera en regular la adopción en nuestro país, consagrando la modalidad de “pacto de familia.” El pacto de familia es una de las formas que históricamente ha asumido la adopción, que consiste en un acuerdo a través del cual se establecían ciertos efectos propios de las relaciones de familia, entre la familia de origen y/o el adoptado y la familia adoptante, mediante la cual, no se constituye estado civil de hijo, ni se rompe la relación con la familia de origen, sino que principalmente se adquirirían derechos hereditarios. La Ley 5.343 consagra esta modalidad estableciendo que la adopción es un acto jurídico cuyo fin es crear entre adoptante y adoptado lo derechos y obligaciones que dicha Ley establece, señala a su vez que no constituye estado civil ni rompe los vínculos de filiación con la familia de origen.

Esta ley adolecía de vacíos, los que hicieron necesario realizarle modificaciones, dando paso a la Ley 7.613, la que no introduce grandes cambios, pero modifica la estructura de la Ley 5.343, atendido lo cual, se presenta como una nueva ley, la que con pequeñas modificaciones se mantuvo vigente hasta la dictación de la Ley 19.620.

La Ley 7.613 contempla la adopción común, cuyas principales características son: que permite a personas naturales mayores de cuarenta y menos de setenta años, adoptar a cualquier persona mayor o menor de edad, cumpliendo con las siguientes condiciones, a saber: que existiese entre ellos una diferencia de por lo menos quince años y que no tuviesen hijos legítimos o si los tuviesen, estos fuesen mayores de edad y prestaren su consentimiento.

Para la constitución de esta adopción era necesario autorización judicial previa, la que debía reducirse a una escritura pública donde debía constar la aceptación del adoptado si este era mayor de edad y la de su representante legal, si el adoptado era menor de edad o padecía alguna otra causal de incapacidad, si dicho representante se negaba a dar la aceptación injustificadamente, podía suplirse por el consentimiento del juez. La escritura

pública debía inscribirse, anotándose al margen de la inscripción de nacimiento del adoptado.

La adopción de la Ley 7.613, como ya lo referíamos, consagra la adopción como pacto de familia, por lo que sus efectos son limitados. Así podemos señalar que esta adopción generaba relaciones sólo entre adoptante y adoptado, éste último y sus descendientes podían adquirir el o los apellidos del adoptante, no constituyendo en definitiva una fuente de filiación, pues para el adoptado no se extinguía el vínculo existente con su familia de origen. En cuanto a los efectos patrimoniales de la adopción, el adoptante adquiría la patria potestad del adoptado o la guarda de éste si era incapaz; sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la patria potestad ejercida por el padre de filiación biológica, el adoptante no tenía derecho a usufructo de los bienes del adoptado. Por otra parte, siempre dentro de los efectos patrimoniales de la adopción, el adoptado no adquiría la categoría de legitimario, pese a lo cual, tenía derechos en la sucesión abintestato del adoptante, los cuales se asemejaban a los derechos de los hijos naturales.

Otra muestra de los efectos limitados de esta adopción pacto de familia, es que ella termina. La Ley 7.613 contempla como causales de término de la adopción, en primer lugar el mutuo disenso de las partes; en segundo lugar la sentencia judicial fundada en ingratitud del adoptado; en tercer lugar por privación de la patria potestad y por último por manifestación de voluntad del adoptado, la cual era solemne, pues debía constar en escritura pública. Todas estas causales de término de la adopción hacen evidente que la adopción común de la Ley 7.613 es un acuerdo entre adoptante y la familia de origen del adoptado y/o el adoptado mismo, muy similar a una convención común en derecho privado.

Esta modalidad de la adopción fue la única que existió hasta 1965, año en que se dicta la Ley 16.346, la que recoge e instaura por primera vez en Chile la legitimación adoptiva, la que sí es fuente de filiación y por tanto rompe los vínculos entre el adoptado y su familia de origen. El objeto de esta ley, como lo refiere su artículo primero es conceder el estado civil de hijo legítimo de los legitimantes adoptivos, con sus mismos derechos y obligaciones. Todo esto sin derogar la Ley 7.613, por lo que, en consecuencia, coexisten la adopción “pacto de familia” y la adopción legitimante.

Para ser adoptante, se debía estar entre los treinta y sesenta y cinco años de edad, ser casado, con un matrimonio de a lo menos cinco años, aunque de forma excepcional, se concedía adopción en casos de personas viudas o cuyos matrimonios hayan sido declarados nulos. Además, debía existir una diferencia de por lo menos 20 años entre el matrimonio adoptante y el adoptado, esto para simular que el legitimado era hijo legítimo de los adoptantes. Para los adoptantes que tuviesen hijos legítimos, existía la limitación de no poder adoptar a más de dos personas, ésta limitación se estableció para proteger la asignación hereditaria de los hijos legítimos biológicos, pues a través de la adopción, al

conceder al adoptado los mismos derechos y obligaciones que éstos, se podía dividir la herencia en tantos asignatarios que cada asignación fuese fútil.

Ahora bien, para poder ser adoptado, bajo la vigencia de ésta ley, a diferencia de la Ley 7.613, se exigían ciertos requisitos, a demás de la diferencia de edad con los adoptantes, como por ejemplo, que debía ser menor de 18 años, y que debían encontrarse en determinadas circunstancias, denominadas de vulnerabilidad o desprotección, esto es que el futuro adoptado sea huérfano, que su filiación sea desconocida o indeterminada o que teniendo determinada su filiación, y sin ser huérfano se encuentre en abandono. Por último el futuro adoptado debió haber estado bajo el cuidado personal de los futuros adoptantes por un período que varía entre 2 y 4 años dependiendo de su edad.

La adopción legitimante se constituye a través de una sentencia judicial, dictada luego de la culminación de un proceso en el cual el juez civil tenía amplias facultades de investigación, para poder formar su convicción en torno al cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley, como así mismo la conveniencia para el adoptado de que en definitiva se dé lugar a la solicitud de adopción. Si el juez decide acoger la solicitud de adopción, en la sentencia debe ordenar la confección de una nueva inscripción de nacimiento en la que no se deja constancia de la sentencia que dio lugar a la solicitud de adopción, como así mismo tampoco se deja constancia de la adopción en sí. Esto se debía a que por primera vez en Chile la adopción era fuente de filiación por lo que la sentencia que acoge la solicitud de adopción rompe todo lazo entre adoptado y su familia de origen, existiendo el natural temor a que ésta hostigase a los adoptantes, por lo que la Ley 16.346 señala que se debe realizar una nueva inscripción de nacimiento, quedando la original caduca y ordena en su artículo 8 la destrucción de su ficha individual y de todo otro antecedente que permita su identificación. A mayor abundamiento, el artículo 11 de la misma ley señala que toda la tramitación caía bajo secreto, secreto cuya violación se castigaba penalmente.

En cuanto a los efectos de la adopción lo más destacado es que ella, a diferencia del modelo anterior es fuente de filiación y que por lo mismo, modifica el estado civil del adoptado, estado civil que es irrevocable. En conclusión, el adoptado adquiriría la calidad de hijo legítimo de los adoptantes con los mismos derechos y obligaciones como ya hemos señalado, una vez adquirido dicho estado civil, éste se volvía irrevocable, sin embargo, para el legitimado existía siempre la posibilidad de anular la adopción cuando esta hubiere sido obtenida por fraude o con dolo, esta posibilidad estaba consagrada en el artículo 12 de la misma ley.

Sin embargo y pese a lo tajante de los artículos antes mencionados, había excepciones a la disolución del vínculo con la familia de origen. El primero de ellos era que se conservan como impedimento para el matrimonio, lo que nos parece de toda lógica. Lo

insólito es que también subsistían ciertos derechos patrimoniales de familia, de hecho, se mantenían las prestaciones alimenticias y las asignaciones hereditarias que le pudieren corresponder al legitimario en relación a su familia de origen.

Las grandes críticas que se realizaron a esta ley fueron en primer lugar el secreto que se le da, pues toda la tramitación y la legitimación en sí se veían envueltas en este secreto, cuya violación se sancionaba penalmente, lo que se contradice con la mantención de los derechos patrimoniales de familia antes mencionados. La segunda crítica importante es que dentro de la tramitación de la solicitud de legitimación adoptiva, la ley establecía, en su artículo 7, que los padres serían oídos “... sólo si el juez lo estima conveniente...” El que los padres sean oídos en esta tramitación nos parece fundamental, para un debido proceso cuando la causal invocada en la solicitud de adopción es el abandono, pues la orfandad y la indeterminación de la filiación son estados fácilmente comprobables en el Servicio de Registro Civil e Identificación, en cambio para la situación de abandono debió exigirse que ésta fuese alegada, probada y apreciada por el juez, para lo cual nos parece esencial que los padres sean en principio emplazados, oídos y que en definitiva se les permita plantear controversia al respecto, lo que se nos presenta como un trámite elemental para un debido proceso.

En 1988 se dicta la Ley 18.703, que se encarga de modernizar y complementar la normativa de la Ley 16.346, nuevamente sin tocar la vigencia y normativa de la Ley 7.613. Esta nueva ley crea un sistema dual de adopción de menores, la adopción simple y la adopción plena. En consecuencia, desde 1988 hasta 1999, en que entra en vigencia la Ley 19.620, existen 3 formas de adopción en Chile, la adopción común de la Ley 7.613, sumados a las adopciones plena y la simple de la Ley 18.703.

La adopción simple fue concebida como una forma de dar cierto grado de legitimidad o amparo jurídico al cuidado personal que ciertos parientes o simples terceros ejercían respecto de niños que se encontraban en circunstancias potencialmente vulnerantes. Así cualquier persona natural mayor de edad podía adoptar a un menor de edad si existía entre ambos una diferencia mínima de quince años de edad, y siempre que el adoptado, a demás de ser menor de edad, se encontrare en situación de vulnerabilidad, esto es que necesite de protección y que carezca de bienes. Esta adopción se constituye mediante una sentencia judicial que así lo determine, una vez que se haya comprobado que se cumplen los requisitos antes mencionados y siempre que el adoptado haya estado al cuidado de los adoptantes por un plazo no inferior a seis meses. Durante la tramitación de este proceso se oirá a los padres siempre que sea posible, según lo dispone el artículo 11 de esta ley.

En cuanto a los efectos de la adopción simple podemos mencionar que ésta no modifica el estado civil del adoptado, pues no es fuente de filiación. El adoptante ejerce

respecto del adoptado, la patria potestad, pero sin derecho a usufructuar de los bienes del adoptado. Las obligaciones del adoptante abarcan el deber de tener al adoptado en su casa y proveer a la satisfacción de todas las necesidades de alimentación, crianza y educación de éste. Para los efectos de asignación familiar y para todos los beneficios de salud y seguridad social, el adoptado es considerado una carga del adoptante.

Empero todos estos efectos, y la adopción simple en sí era de carácter transitorio, pues estaba destinada a convertirse en adopción plena o bien a extinguirse por el transcurso del tiempo, pues terminaba una vez que el adoptado cumpliera la mayoría de edad, ya que, como anteriormente su principal fin amparar jurídicamente una situación de hecho a través de la cual una persona se hacía cargo de un menor de edad en estado de necesidad, cubriendo sus más básicas necesidades, cuando éstas no fuesen cubiertas por su familia de origen, entendiéndose que un mayor de edad no requiere protección de esta clase porque cuenta con la edad, capacidad y madurez suficiente para procurar la satisfacción de sus propias necesidades.

Es por este espíritu de protección que inspira la adopción simple que la ley autoriza al juez a revocar o más bien a ponerle término a la adopción cuando el menor de edad se encuentra con el adoptante en situación de abandono, es maltratado o víctima de algún tipo de depravación por parte del adoptante, como así también cuando éste último sufre alguna incapacidad física permanente u otras causas similares, pues en todos estos casos no se estaría dando cumplimiento al objeto de la adopción simple, cual es proteger a un menor de edad en situación de riesgo.

La segunda modalidad de adopción que establecía la Ley 18.703 era la adopción plena. Esta adopción, no es sino la contemplada en la Ley 16.346 con algunos cambios que permitieron su mejoramiento. Así se elimina la limitación de poder adoptar a sólo dos menores de edad a aquellas personas que tuviesen hijos legítimos, pudiendo adoptar cuantos hijos gustase. En cuanto a los requisitos etarios para ser adoptante, las edades son más de veinticinco y menos de sesenta. Los plazos exigidos de cuidado del menor de edad a cargo de los solicitantes se reducen de 2 o 4 años (dependiendo de la edad del niño), a un solo año, sin hacer distinción.

Por otra parte, se introducen modificaciones para mejorar las principales críticas efectuadas a la Ley 16.346, esto es que el estado de abandono de un menor de edad, debe, bajo la vigencia de esta ley, ser objeto de pronunciamiento judicial, siendo declarado en una sentencia, que se dictaba al finalizar un proceso, en el que debían ser oídos los padres, cuidadores o cualquier persona que pueda alegar un derecho sobre el menor de edad, debiendo notificárseles la existencia de dicho proceso, incluso por avisos si se desconoce su identidad o domicilio, lo que garantiza un debido proceso. También se relaja el secreto en el que caía la adopción, permitiendo al adoptado y a los adoptantes pedir copia de la

sentencia que da lugar a la adopción, como así también se modifica lo concerniente a la destrucción de la ficha individual y de todo otro antecedente que pudiese identificar al adoptado con su familia de origen, sino su archivo en una sección separada del Archivo General del Servicio de Registro Civil e Identificación, pudiendo salir de dicho archivo por resolución judicial a petición del adoptado, o su descendencia legítima. Por último, se elimina la supervivencia de los derechos patrimoniales de familia entre el adoptado y su familia de origen, cortándose en forma definitiva los lazos de familia entre ambos, con la exclusiva excepción, muy lógica por cierto, de mantenerse como impedimento para el matrimonio.

Así mismo señala esta ley, que la sentencia que declara la adopción, sólo produce sus efectos entre los adoptantes y el adoptado, como asimismo respecto de terceros una vez que se practique la nueva inscripción de nacimiento del adoptado como hijo legítimo de los adoptantes. El artículo 38 señala que una la sentencia otorgue la adopción plena, esta es irrevocable, sin embargo, el adoptado siempre podrá solicitar, a través de un juicio ordinario, la declaración de nulidad de la adopción plena cuando ésta se ha obtenido fraudulentamente, disponiendo que el juez comete para conocer de dicho juicio será el juez de letras con jurisdicción en el territorio donde se tramitó la adopción.

Ahora bien la Ley 18.703, en su Título IV, regula la salida de menores para su adopción en el extranjero, desde los artículos 39 al 46. El artículo 39 disponía que para que un menor salga al extranjero para ser adoptado, éste debía ser autorizado por el juez competente, sometiendo la adopción en sí, a las normas que se encontraban vigentes en el país donde se otorgaba. El artículo 40 limitaba ésta autorización sólo a los menores de 18 años, que se encontraban en situación de orfandad, filiación desconocida o que se encontraban abandonados, disponiendo que previa a la autorización, el juez debía declarar el abandono, si es que fuere procedente, en la forma y cumpliendo los requisitos que exigía el título III de dicha ley. Ahora bien, el artículo 41 se refería a los requisitos de presentación de la solicitud de autorización para salir del país para su adopción en el extranjero, como por ejemplo, fotografías recientes de los solicitantes, certificados de nacimiento y matrimonio de los mismos, como así también un informe social emitido por las autoridades competentes del país donde residían los solicitantes que hagan mención a antecedentes de salud tanto física como mental de los solicitantes, certificados de situación económica, certificados emitido por el cónsul chileno del país en que residían los solicitantes, que acreditase que los solicitantes cumplían con los requisitos que la ley de dicho país exigiese para otorgarles posteriormente la adopción definitiva, esto con la finalidad de no autorizar la salida de niños del país si éstos en definitiva no tenían ninguna posibilidad de ser adoptados por los solicitantes. También se exigía un certificado de la autoridad de inmigración del país de residencia de los solicitantes donde constasen los

requisitos que el menor debía cumplir para que se le autorice a entrar a dicho país, esto con la misma finalidad anterior. Por último, el artículo 41 exigía tres cartas de honorabilidad de los solicitantes otorgadas por autoridades comunitarias, religiosas o gubernamentales.

Las solicitudes de autorización para salir del país de menores chilenos para ser adoptados en el extranjero se recibían directamente por el Servicio Nacional de Menores, el que, en cumplimiento de sus función de apoyo a los Tribunales de Justicia debía coordinar y ejecutar todas las acciones técnicas y administrativas necesarias para que las solicitudes elevadas a los Tribunales contuviesen todos los antecedentes o elementos de juicio para una adecuada resolución. El Servicio remitía la solicitud de autorización para salir del país con fines de adopción junto con su opinión sobre la conveniencia que la salida del país para ser adoptado y que la posterior adopción representaba para el niño, dentro del plazo de 20 días contados desde su recepción. El juez ordenaba agregar todos los antecedentes que le permitían establecer que la adopción reportaba beneficio para el adoptado. El juez ordenaba, previo a la dictación de la sentencia, la comparecencia personal de los solicitantes.

El Servicio de Registro Civil debía llevar un registro de las autorizaciones de salida de menores donde se debía individualizar al menor, a los futuros adoptantes y al Tribunal que autorizó dicha salida.

Una vez concedida la autorización, el cónsul chileno respectivo, debía vigilar que la adopción del menor chileno cumpliera con el procedimiento señalado en la legislación local. Debiendo enviar una copia de la sentencia o resolución y documentos que probaban que se había otorgado la adopción al Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, quien debía poner éstos antecedentes a disposición del Tribunal, quien debía ordenar al Servicio de Registro Civil e Identificación practicar la correspondiente anotación al margen de la inscripción de nacimiento.

El título V de esta ley, habla de las sanciones a la infracción de la reserva de la información en las causas de adopción.

En síntesis, la adopción en Chile, se inicia en 1934 con la dictación de la Ley 5.343 reemplazada por la Ley 7.613, en ambas se concibe la adopción como un pacto de familia, a través del cual, se establecían entre el o los adoptantes y el adoptado ciertos efectos propios de las relaciones de familia, sin que se modificara el estado civil del adoptado, pues no constituye fuente de filiación. Esta forma de adopción permanece vigente hasta la dictación de la Ley 19.620.

Luego, en 1965, aparece la Ley 16.346, la que acoge la legitimación adoptiva, a través de la cual, el legitimado adquiere la calidad jurídica de hijo legítimo de los legitimantes, es decir, la adopción se convierte en fuente de filiación, rompiendo los lazos que lo unen a su familia de origen, con la subsistencia de el impedimento para contraer

matrimonio y ciertos efectos patrimoniales de la filiación. Estableciendo, no obstante lo anterior un nivel de secretismo tal en torno al proceso que se perseguía penalmente la violación de dicho secreto.

Finalmente la Ley 18.703 acoge dos formas de adopción. La adopción plena, que no es otra cosa que la adopción legitimante de la Ley 16.346, con algunos cambios que la mejoraron y la adopción simple, que se presenta como una forma de amparar jurídicamente una situación de hecho, en la que un tercero se hacía cargo de un menor de edad en situación de riesgo. Esta ley, además regulaba la autorización para salir del país con fines de adopción, estableciendo los requisitos y condiciones para conceder dicha autorización. En su título final, se establecen sanciones para aquellas personas que violen el secreto que envuelve las causas de adopción.

En cuanto a la Ley 19.620, lo primero que debemos decir, es que la principal consideración en todos sus procedimientos, es el Interés Superior del Niño ya sea para ser declarado en situación de ser adoptado, al asignársele una familia idónea y para llegar a dicha asignación, en la existencia de un orden de prelación primero los matrimonios con residencia permanente en nuestro país, luego los matrimonios que no tienen dicha residencia y finalmente las personas solteras, viudas o divorciadas. En síntesis, toda la estructura de la Ley 19.620 busca preservar el Interés Superior del Niño.

Además, puso fin a la diversidad en las formas de adopción, esto es, consagró una única forma de adopción, de la que deriva la filiación adoptiva. En otras palabras, una vez concebida la adopción, el o los adoptantes pasan a ser padres del adoptado, quien adquiere la calidad jurídica de hijo de los adoptantes para todos los efectos legales, cortándose, para el adoptado, todo vínculo con su familia de origen, salvo una lógica excepción, esto es, subsiste como impedimento para el matrimonio. De esta forma, se deroga la Ley 7.613, eliminando así la adopción común “pacto de familia” anulando la posibilidad de adoptar a personas mayores de edad. Se deja sin efecto la adopción simple de la Ley 18.703, considerándosela sólo como una medida de protección denominada “cuidado personal”, a la que se le atribuyen algunos efectos de la adopción simple, como son el que el niño es considerado carga para todos los efectos de salud y seguridad social, como así mismo se le otorga al cuidador, la representación legal del niño. La adopción plena en lo medular de sus efectos es muy similar a la adopción consagrada por la Ley 19.620, sin embargo, el procedimiento difiere considerablemente. Por último desaparece la autorización para salir del país con fines de adopción, la Ley 19.620, regula la adopción de niños por personas no residentes en el país, esto significa que los niños salen de Chile como hijos de los adoptantes.

Ley 19.620, la “Ley de Adopción”

Habiendo ya tenido una breve síntesis de la evolución histórica de la adopción en nuestro país, debemos comenzar a trabajar sobre la base de la legislación actual y para hacerlo más accesible, dividiremos el trabajo en cuatro partes. En la primera estudiaremos los requisitos establecidos por esta ley para que un niño pueda ser adoptado, haciendo una exposición de las causales y los procedimientos que para cada una de ellas, se debe seguir para obtener la declaración de adoptabilidad. En la segunda parte expondremos los requisitos que un interesado en la adopción debe reunir para ser considerado idóneo para la adopción, analizando las diferencias entre los matrimonios, con y sin residencia en Chile y los interesados solteros, viudos o divorciados. En la tercera parte veremos el procedimiento de adopción propiamente tal, esto es, el proceso a través del cual, una persona o matrimonio determinado solicitan al Tribunal se les otorgue la adopción de un niño, niña o adolescente determinado. Finalmente y por separado haremos una exposición conjunta de los principios que fundamentan tanto esta ley como la ley de filiación.

Requisitos para ser adoptado: Procedimientos previos de adopción

Antes de pasar al análisis particular de las causales que conllevan a que un niño se encuentre en situación de poder ser adoptado, debemos referirnos a los requisitos generales o comunes. Para cuyo estudio, seguiremos la estructura utilizada por don Hernán Corral¹.

Así diremos inicialmente, por obvio que parezca, que sólo una persona natural puede ser adoptada, es decir, no cabe la adopción de personas jurídicas. Esta persona natural, además debe ser menor de edad, tanto al momento de iniciarse el procedimiento previo de adopción, como al momento de dictarse la sentencia de adopción, ya que según la ley, sólo los menores de dieciocho años pueden ser adoptados y es la sentencia definitiva una vez ejecutoriada la que constituye la adopción.

Pero no basta con que el futuro adoptado sea menor de edad, sino que además, debe ser por lo menos 20 años menor, que los adoptantes. Esta diferencia de edad puede ser reducida por el juez mediante resolución fundada, hasta en cinco años, es decir, que puede rebajarse a una diferencia entre los solicitantes y el niño de autos de quince años. Es del caso señalar que si uno de los solicitantes es ascendiente consanguíneo del niño de autos, esta diferencia no es exigible.

También es necesario oír la voluntad del adoptado. Lo que se requiere es que el niño sea oído, debiendo el Tribunal tener en cuenta su opinión de acuerdo a su edad y madurez.

¹ Hernán Corral “Adopción y filiación adoptiva” Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2002, pág. 125 y siguientes.

Si es menor adulto, será necesario su consentimiento tanto en el proceso que busca declararlo en situación de ser adoptado, como en el proceso de adopción propiamente tal. Si el niño se niega a ser declarado en situación de ser adoptado o a ser adoptado por los solicitantes, se deja constancia de la negativa y de las razones que expuso. Pese a una negativa, el juez, excepcionalmente puede, mediante resolución fundada, ordenar que se siga adelante con el proceso, cuando el Interés Superior del Niño así lo exija.

Habiendo expuesto lo anterior pasaremos a tratar las causales particulares o específicas para que una persona pueda ser declarada en situación de ser adoptada de acuerdo a nuestra legislación. La Ley 19.620, en su título II, llamado “De los procedimientos previos a la adopción” se dedica a delimitar que personas pueden ser adoptadas, regulando distintas situaciones en que un niño debe encontrarse para ser considerado en condiciones de ser adoptado, regulando asimismo el procedimiento a seguir para que un Tribunal en definitiva así lo declare, variando el procedimiento de acuerdo a la causal invocada para obtener dicha declaración.

El artículo 8 señala *“Los menores de 18 años, que pueden ser adoptados son los siguientes:...”* Consagrando de esta forma cuales son las circunstancias específicas en que se debe encontrar un niño para que sea considerado en condiciones de ser adoptado. Por razones prácticas analizaremos cada una de las causales y sus particularidades en el procedimiento por separado.

i. La cesión voluntaria:

El artículo 8 en su letra a) señala: *“El menor cuyos padres no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él y que expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el juez competente.”*

Esta causal se refiere a aquellas personas que no se sientan en condiciones de asumir una maternidad o paternidad responsable, y así lo manifiesten libremente en el Tribunal. Cabe señalar que, en la gran mayoría de los casos fundados en esta causal, es la madre la que asume este proceso, ya sea porque el padre no quiso asumir su responsabilidad o porque ignora la existencia de ese hijo. Es por ello que para esta causal en particular nos referiremos a la madre.

La cesión voluntaria, se presenta principalmente en recién nacidos, son muy pocas las ocasiones en que una madre se acerca al Tribunal a manifestar su voluntad de ceder a su hijo en adopción cuando ha pasado tiempo con él. Nos encontramos entonces ante lo que se denomina “mujer en conflicto con la maternidad.” Este fenómeno se presenta cuando una mujer embarazada no logra crear un vínculo afectivo con la criatura que se gesta en su vientre, o bien no se encuentra en situación de poder hacerse cargo de él una vez que éste nazca, por lo que opta por no permitir la formación de dicho vínculo afectivo. A modo de

ejemplo podemos señalar que una madre no logra crear un vínculo afectivo con el niño que se gesta en su vientre cuando éste ha sido concebido producto de una agresión sexual; un ejemplo de madre que opta por no crear un vínculo afectivo es que una mujer carente de redes familiares de apoyo no cuente con las condiciones básicas para asumir la crianza y el cuidado de su hijo, por lo que decide ceder a su hijo en adopción para garantizarle así la satisfacción de sus necesidades y proporcionarle un futuro más seguro de lo que ella pueda ofrecerle.

En cuanto al procedimiento para que un niño sea declarado en condiciones de ser adoptado por esta causal, éste se encuentra regulado en los artículos 9 y siguientes de esta ley. Este se inicia a través de la expresión de voluntad de la madre, el padre o ambos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 19.968, esto es presentando una demanda escrita o bien, en casos muy calificados, el juez autoriza, mediante una resolución fundada a interponer la demanda oralmente, de lo cual se levantará acta de inmediato. Este proceso se inicia por regla general una vez nacido el niño aunque el artículo 10 autoriza la interposición de la demanda antes del parto, siempre que la causa sea patrocinada por el Servicio Nacional de Menores o por organismos acreditados ante él, si la solicitud se presenta antes del parto sin el patrocinio de las instituciones antes mencionadas, el Tribunal remitirá los antecedentes del caso al Servicio Nacional de Menores y suspenderá la tramitación de la solicitud hasta que se cuente con dicho patrocinio. En la gran mayoría de los casos, el proceso se inicia por demanda escrita patrocinada por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él, aunque en la Quinta Región no contamos con ninguno, en la Región Metropolitana sí existen fundaciones destinadas a la adopción como por ejemplo la fundación chilena para la adopción o la fundación San José.

El artículo 9 en lo pertinente señala “... *el padre o la madre que haya expresado su voluntad de entregarlo en adopción de conformidad al artículo 56, o ambos si fuera el caso, tendrán un plazo de treinta días para retractarse contados desde la fecha en que hayan declarado esa voluntad ante el tribunal. Vencido este plazo, no podrán ejercitar tal derecho. ...*” Esta disposición otorga a quien haya expresado su voluntad de ceder a su hijo en adopción, un plazo de 30 días para retractarse siendo éste a nuestro entender, un plazo fatal. Un problema que comúnmente se presenta en la aplicación de ésta norma es ¿desde cuándo se cuenta el plazo? A nuestro entender, la disposición es clara ya que señala que el plazo se cuenta desde la fecha en que se haya declarado la voluntad de ceder al niño en adopción ante el Tribunal, refiriendo la misma disposición que la forma de expresar esta voluntad es de conformidad a lo dispuesto en el artículo 56, esto es mediante la interposición de la demanda, a menos, claro está, que dicha solicitud se interponga antes del parto, caso en el cual los treinta días se cuentan desde el nacimiento del niño, pues de lo contrario, se podría producir que al momento del parto y teniendo a su hijo en sus brazos, la

madre se arrepienta de su decisión, pero al haber interpuesto la solicitud, por ejemplo a los cuatro meses de embarazo, al momento del parto, el plazo ya habría expirado y se le arrebataría a su hijo aún contra su voluntad. Aunque existen opiniones que entienden que el momento en que el padre, la madre o ambos, según sea el caso, manifiestan su voluntad ante el Tribunal es en la audiencia preparatoria, lo que a nosotros no nos parece, pues el mismo artículo 9 al referirse a la declaración que se realiza en dicha audiencia la denomina “ratificación”.

El número 1 del artículo 9 señala que *“La audiencia preparatoria se llevará a cabo entre el décimo y el decimoquinto día posterior a la presentación de la solicitud. Al ratificar la declaración de voluntad el juez informará personalmente a el o los solicitantes sobre la fecha en que vencerá el plazo con que cuentan para retractarse.”* Para ser muy honestos y realistas en nuestra exposición, la carga laboral que tienen los Tribunales de Familia hacen que en la práctica no sea posible realizar la audiencia preparatoria en los plazos señalados, pese a lo cual, se hace todo lo posible por gestionar una fecha de audiencia lo más próximo a lo dispuesto por la norma legal.

El número 2 del mismo artículo se refiere a la citación que debe hacerse al otro padre o madre cuando la solicitud haya sido presentada sólo por uno de ellos y el niño de autos tenga determinada su filiación respecto de ambos padres, esto significa que si el niño sólo fue reconocido por uno de sus padres y éste presenta la solicitud, no es necesario buscar al otro progenitor ya que al no encontrarse determinada la maternidad o la paternidad, esa madre o padre biológico no cuenta con un vínculo jurídico con el niño, por lo que no se encuentra legitimado para actuar como parte en el proceso.

La citación se realiza bajo el apercibimiento que de no concurrir a la audiencia preparatoria se presumirá su voluntad conforme a la declaración de que el niño se encuentra en situación de ser adoptado y de continuar el proceso en su rebeldía.

La notificación de la citación a la que nos referimos, se realiza personalmente. Si el progenitor que se pretende citar tiene domicilio conocido, se procederá directamente a su notificación. Si no lo tuviese, el Tribunal, al momento de proveer la demanda en la que se solicita se declare que el niño puede ser adoptado, oficiará al Servicio Electoral y al Servicio de Registro Civil e Identificación, a fin de que informen dentro de quinto día el último domicilio de esa persona que conste en sus registros. Se intentará entonces notificar en el o los domicilios proporcionados por estos servicios. De no poder realizarse la notificación en dichos domicilios, por no vivir ahí el padre o la madre a quien se pretende notificar o bien por no proporcionar ningún domicilio los servicios antes mencionados se procederá a citar por aviso de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 14 incisos 3 y 4 de la Ley de Adopción, esto es la publicación gratuita en el Diario Oficial, de un extracto que contenga el máximo de datos disponibles para la identificación del niño, la causa y la fecha,

hora y lugar en que se realizará la audiencia preparatoria, esta publicación se efectuará los días primero o quince de un mes o el día siguiente hábil si aquél fuese feriado.

En caso de que el padre o madre que no haya presentado la solicitud concurra a la audiencia preparatoria, podrá allanarse a la solicitud o bien deducir oposición respecto de ella.

Ahora bien, analizaremos los posibles escenarios de una audiencia preparatoria:

➤ La solicitud es interpuesta por una mujer embarazada sin el patrocinio del Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él. El Tribunal suspende la tramitación y remite los antecedentes al Servicio Nacional de Menores a fin de que asuma el patrocinio de la causa.

➤ La solicitud es interpuesta por la mujer embarazada con el patrocinio del Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él. Se realizan todos los trámites que correspondan. Quedando pendientes la ratificación de la madre y la sentencia. Una vez que se produce el parto, la madre debe ratificar su voluntad ante el Tribunal dentro de los 30 días siguientes. Si así no lo hiciera, es decir, si no se presenta al Tribunal a ratificar su voluntad de ceder a su hijo en adopción, se entenderá que se desistió de su decisión con lo cual se termina el proceso, permaneciendo el niño en el seno de su familia de origen. En caso de que la madre fallezca antes de ratificar su voluntad y dentro del plazo de 30 días para ratificar, para seguir con el proceso, será suficiente la voluntad que conste en la solicitud. ¿Tendrán los abuelos derecho a oponerse? Pese a que la norma nada nos indica al respecto, nos parece que el derecho que le asiste a todo niño a conocer a su familia de origen y conservar su identidad, otorgaría a los abuelos y en general a la familia extensa del niño derecho a oponerse a dicha declaración, aunque si la madre, conociendo a su grupo familiar decidió ceder a su hijo en adopción, debió haber sido porque contaba con razones de peso para hacerlo, lo que se nos presenta, por lo menos, como un antecedente grave de que la familia de origen no es, por así decirlo el entorno familiar ideal para el desarrollo de un niño. En este punto, lo más apropiado será un estudio más extenso del problema, al cual no nos referiremos por no ceñirse a nuestro tema de trabajo, pese a lo cual dejamos planteado y abierto el tema a fin de que usted pueda ahondar en él de forma personal.

Una vez que la madre ratifica su voluntad de ceder a su hijo en adopción, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia definitiva en la causa.

➤ La solicitud es interpuesta por una mujer después del parto, sin reconocimiento de paternidad y sin el patrocinio del Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él. El Tribunal provee la solicitud y cita a la madre a audiencia preparatoria, según la norma entre los días décimo y quinceavo siguientes. La norma indica que en este momento el Tribunal oficia al Servicio Nacional de Menores a fin de que realice un informe tendiente a poner al Tribunal en conocimiento sobre la real situación psicológica y social de la madre

solicitante para poder dar por acreditada o bien descartar la veracidad de su declaración de voluntad en cuanto a ceder a su hijo en adopción y a la circunstancia de no encontrarse capacitada o en condiciones de asumir su maternidad. Este informe es realizado por profesionales psicólogos y asistentes sociales dependientes del Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él, para ser conocido en la audiencia de juicio. En la práctica, en una gran cantidad de ocasiones los jueces suspenden la tramitación de la causa, remitiendo los antecedentes al Servicio Nacional de Menores para que asuma el patrocinio y poder de la causa. La audiencia de juicio se lleva a cabo con la mayor prontitud posible, la norma legal dispone que se realizará 15 días después de la audiencia preparatoria y si el plazo de la retractación estuviese pendiente, dentro de los 5 días siguientes al vencimiento del mismo. En la audiencia de juicio se recibe la prueba, dicha audiencia no podrá suspenderse ni prolongarse en otras sesiones por no haberse obtenido los informes u otras pruebas decretadas por el Tribunal, razón por la cual en estos casos, la presentación oportuna de dichos informes es indispensable.

➤ Si la solicitud es interpuesta por la madre, después del parto, sin que el niño cuente con reconocimiento de paternidad y con el patrocinio del Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él. En este caso, al presentarse la solicitud, el Tribunal provee la solicitud citando la audiencia preparatoria. La Ley dispone que si al momento de la realización de la audiencia preparatoria, se cuenta con el informe, lo cual será muy probable, en este caso por estar patrocinado por el Servicio Nacional de Menores, la causa podrá resolverse en la audiencia preparatoria.

➤ Solicitud interpuesta por ambos padres. El procedimiento es idéntico al aplicado a la solicitud interpuesta por la mujer cuyo hijo no tiene reconocimiento de paternidad, haciendo la distinción correspondiente si cuentan o no con el patrocinio del Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él.

➤ Si la solicitud es interpuesta por uno de los padres, existiendo reconocimiento del otro, debemos distinguir si el otro cuenta o no con domicilio conocido:

- Si el otro progenitor cuenta con domicilio conocido: Se le notificará de la solicitud y de su proveído personalmente.
- Si el otro padre no cuenta con domicilio conocido: Al momento de proveer la solicitud, el Tribunal requerirá al Servicio Electoral y al Servicio de Registro Civil e Identificación, que le informen dentro de quinto día, el último domicilio de dicha persona que conste en sus registros. Si ninguno de dichos Servicios registra un domicilio, o bien si en los que se le han informado al Tribunal, no es habida la persona requerida, se le citará por aviso, de acuerdo a lo dispuesto en los incisos 3 y 4 del artículo 14, esto es la publicación gratuita en el Diario Oficial, el día primero o quince de un mes, o el día siguiente hábil si aquel fuese feriado, de un extracto,

realizado por el Ministro de Fe del Tribunal, en el que se contengan la mayor cantidad de datos para la individualización del niño de autos, de la causa y de la fecha, hora y lugar en que se realizará la audiencia preparatoria. La notificación se entiende realizada tres días después de la publicación del aviso.

En ambos casos, la notificación se realiza bajo el apercibimiento que de no asistir a la audiencia, se presume que su voluntad es entregar al niño en adopción.

En caso que al momento de la audiencia preparatoria no haya sido posible realizar la citación de aquél de los progenitores que no interpuso la solicitud, es necesario suspender la audiencia, hasta que dicha citación se efectúe conforme a derecho, pues de no hacerse, estaríamos incurriendo en un vicio de nulidad. Si el Tribunal no advirtiere esta circunstancia, es fundamental solicitar la suspensión.

Llegada la audiencia preparatoria y habiendo sido citado conforme a derecho aquel de los padres que no interpuso la solicitud, nos podemos encontrar ante los siguientes escenarios:

- El citado no comparece: En este caso se da curso a la audiencia preparatoria, solicitando al Tribunal, se le tenga por incurso en los apercibimientos y se continúe el juicio en su rebeldía.
- El citado comparece y se allana: Se da curso a la audiencia dejándose constancia del allanamiento.

En estos dos casos si el o la solicitante cuenta con el patrocinio del Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él y presentan el informe que da cuenta de la situación psicológica y socioeconómica del solicitante, el Tribunal, podría resolver en la audiencia.

- Si el citado comparece y se opone: En dicho caso, la solicitud debe rechazarse, en atención a que la causal requiere de la voluntad de ambos padres. Sin perjuicio de esto, el Servicio Nacional de Menores o el juez de oficio puede iniciar una causa de susceptibilidad de adopción por alguna de las causales del artículo 8 letra c), si ello procediere.

Realizada la audiencia preparatoria, y ofrecida la prueba, en caso de ser necesario, se fija fecha y hora para la audiencia de juicio, de acuerdo a lo señalado en el artículo 9 número 5 la audiencia de juicio se llevará a cabo dentro de los 15 días siguientes a la realización de la audiencia preparatoria, a menos que el plazo de retractación de 30 días aún esté vigente, caso en el cual la audiencia se realizará dentro de los 5 días siguientes al vencimiento del plazo. En la audiencia de juicio, se rendirá la prueba ofrecida, el Tribunal ofrecerá la palabra a las partes para hacer las observaciones a la prueba y sus alegatos de cierre. Esta audiencia no puede ser suspendida ni prolongada en otras sesiones por no haberse recibido los informes u otras pruebas decretadas por el Tribunal. Una vez realizado

el alegato de clausura, el Tribunal dará su veredicto, posponiendo la dictación de la sentencia entre 3 y 5 días por regla general. La sentencia será notificada a las partes comparecientes por cédula en los domicilios que consten en el Tribunal. A menos que el Tribunal se encuentre en condiciones de dictar la sentencia en la audiencia, caso en el cual, se les tendrá por notificados personalmente.

En caso de que la causa se haya seguido en rebeldía de la parte que no solicitó la declaración, bastará con la notificación por el estado diario.

Una vez ejecutoriada la sentencia, se pondrá en conocimiento del Servicio Nacional de Menores a fin de que ingrese al niño en el registro de personas que pueden ser adoptadas, según lo ordena el artículo 5 de la Ley de Adopción, aunque la no inclusión del niño en dicho registro no es un obstáculo para que sea adoptado.

Es pertinente señalar, por obvio que parezca, que al momento en que la madre manifiesta su voluntad de ceder a su hijo en adopción o después del parto si dicha manifestación fue anterior, el Tribunal adoptará las medidas de protección pertinentes para salvaguardar la integridad del niño de autos, como por ejemplo, la internación del niño en un hogar de protección perteneciente a la Red del Servicio Nacional de Menores o bien, otorgar el cuidado personal del niño a una familia cuidadora, si la causa es patrocinada por un organismo acreditado ante el Servicio Nacional de Menores que tenga disponibilidad de dichas familias y por tanto, pueda ofrecerla al Tribunal como medida de protección. Medida que se mantendrá hasta que el niño en cuestión tenga un futuro cierto, esto es la integración a su familia de origen, si el Tribunal desecha la solicitud o bien la entrega de su cuidado personal con fines de adopción a una familia idónea con el propósito de propiciar un acercamiento familiar que permita a los interesados solicitar la adopción del niño en cuestión.

Como ya explicamos, una vez concluido el estudio de las causales de declaración de que un niño se encuentra en situación de ser adoptado, estudiaremos la sentencia en sí y los trámites posteriores a ella se verán conjuntamente ya para todas las causales, la sentencia y los trámites posteriores son los mismos.

ii. La regularización:

El artículo 8 señala *“Los menores de 18 años, que pueden ser adoptados son los siguientes:*

- b) El menor que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes, de conformidad al artículo 11.”*

En esta ocasión nos referiremos al fenómeno denominado “integración familiar.” Existen diversas hipótesis al respecto, como por ejemplo que uno de los padres y su cónyuge sean los solicitantes de la adopción o bien que los solicitantes de la adopción sea

uno de los abuelos del niño y su cónyuge. En esta causal, la adopción trata de amparar una situación de hecho que en la vida del niño se ha presentado, esto es en la cotidianidad de la vida del niño quienes cumplen el rol parental son los solicitantes. La adopción se presenta como un medio de establecer un estado jurídico que en el hecho existe, esto es otorgar al niño la calidad de hijo de la persona o personas que se han hecho cargo de su cuidado y crianza, transformándose en sus figuras de apego significativas. De esta forma la adopción viene a otorgar al niño de forma regular el estado jurídico de hijo que ocupa de hecho en el núcleo familiar.

En cuanto al procedimiento, éste varía según las circunstancias, esto es, si el niño tiene su filiación determinada respecto de ambos padres o sólo respecto de uno de ellos, también varía si la solicitud es interpuesta por uno de los padres y su cónyuge o se es interpuesta por un ascendiente del padre o de la madre del niño. Según corresponda el artículo 11 que rige la regularización, hace aplicable las normas de la adopción propiamente tal o bien las de al cesión voluntaria o bien las normas de la declaración de susceptibilidad de adopción.

El procedimiento se inicia mediante la solicitud de declaración de que el niño se encuentra en situación de ser adoptado, la cual se debe acompañar de ciertos documentos, esto es, certificado o certificados de nacimiento que acrediten el vínculo que une a uno de los solicitantes con el niño de autos, es necesario además acompañar el certificado de matrimonio de los cónyuge solicitantes y por último y más importante, es necesario acompañar certificado de idoneidad otorgado por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él que los habilita como padres, ya que de acuerdo al artículo 13, es indispensable para iniciar un procedimiento que tenga como objeto obtener la declaración de susceptibilidad de adopción de un niño ya que señala en su inciso tercero *“Cuando el procedimiento se inicie por personas naturales, éstas **deberán** acompañar a la solicitud del respectivo informe de idoneidad a que se refiere el artículo 23, que los habilite como padres adoptivos.”* La obtención y finalidad de este certificado, la examinaremos con mayor detención en los requisitos para ser padres adoptivos.

Si los solicitantes son uno de los padres y su cónyuge:

- En el caso que el niño sólo tenga determinada su filiación respecto de uno de sus padres, esto es el padre solicitante, se procederá inmediatamente de acuerdo a las normas que regulan el procedimiento de adopción propiamente tal.
- En caso que el niño tenga determinada su filiación respecto e ambos padres, al momento de proveer la solicitud, el Tribunal ordena citar al padre o madre no solicitante y nombrará un Curador Ad Litem que se encargue de proteger el mejor interés del niño cuya

adopción se solicita. Oficiando al Servicio Nacional de Menores para que se haga parte o bien asuma como Curador Ad Litem del niño.

Citado el padre o madre no solicitante, puede asumir una de las siguientes actitudes:

- El padre o madre no solicitante comparece y se allana: En éste caso contaríamos con la voluntad de ese padre o madre, por lo que debemos aplicar lo que corresponda de la normativa relativa a la cesión voluntaria. De esta forma, al no existir oposición, la causa podría fallarse en la audiencia preparatoria, ofreciendo y rindiendo la prueba que permitan que tanto el juez como el Curador Ad Litem, tengan convicción respecto de la conveniencia de la declaración de que el niño de autos se encuentra en situación de ser adoptado.
- El padre o madre no solicitante no comparece: Habiendo sido válidamente citado bajo los apercibimientos del artículo 14, debe solicitarse en la audiencia se tenga al no compareciente por incurso en los apercibimientos, lo cual nos permitirá continuar con la causa sin oposición por la aplicación del artículo 9, según el cual, además, se nos permitiría, en teoría, concluir con el proceso en audiencia preparatoria si se cuenta con la prueba suficiente. Sin embargo, lo normal es que el Curador Ad Litem solicite prueba o el Tribunal de oficio la decrete, por regla general, se ordena audiencia confidencial con el menor, o un informe psicosocial, del cual se podría prescindir en atención a que un requisito de la procedencia de la solicitud de declaración de adoptabilidad del niño de autos, es que los solicitantes cuenten con un certificado de idoneidad emitido por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él, cuyos requisitos y formas de obtención veremos más adelante.
- El padre o madre no solicitante falta o si comparece y se opone a la declaración de adoptabilidad: En éste caso, si comparece sin el patrocinio de un abogado, lo más recomendable es solicitar la suspensión de la audiencia a fin de que el padre cuente con una adecuada asesoría jurídica, descartando así cualquier posible vicio de nulidad. En caso de que comparezca con patrocinio de abogado, se lleva a cabo la audiencia y se ofrece prueba. El procedimiento que se aplica es el de la declaración de susceptibilidad de adopción, según lo dispones el artículo 11.

Si los solicitantes son otro ascendiente consanguíneo del padre o la madre y su cónyuge:

En éste caso, se citará al padre o madre o a ambos dependiendo si el niño tiene su filiación determinada respecto de ambos padres o sólo respecto de uno de ellos. Al igual que en las hipótesis anteriores, el o los citados pueden comparecer y allanarse, no comparecer y tenerse por incursos en los apercibimientos o bien oponerse, todo lo cual se regirá por las mismas directrices señaladas para la solicitud presentada por uno de los

padres, esto es la aplicación de los artículo 9 o 13, según corresponda. La diferencia radica en que en ningún caso se procederá directamente conforme a las normas de la adopción propiamente tal.

iii. La declaración de susceptibilidad de adopción:

El artículo 8 de la ley 19.620, es el que determina cuales son los niños que pueden ser adoptados en Chile, disponiendo *“Los menores de 18 años que pueden ser adoptados son los siguientes:*

c) El menor que haya sido declarado susceptible de ser adoptado por resolución judicial del tribunal competente, de acuerdo a lo dispuesto en los artículo 12 y siguientes.”

Si bien es cierto, en Chile, todo niño, para poder ser adoptado, debe haber sido declarado adoptable, a través de una sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal competente (salvo que se trate de una regularización donde el padre o madre solicitante, es el único vínculo filiativo determinado respecto de ese niño, caso en el cual, se aplicará directamente el procedimiento de adopción propiamente tal), la letra c) del artículo 8 se refiere a la declaración de que un niño es adoptable, atendidos graves motivos consagrados en el artículo 12, aun en contra de la voluntad de los padres, cuando ello es necesario para resguardar el Interés Superior del Niño.

Para facilitar el estudio de estas causales, analizaremos cada una de ellas por separado y posteriormente, analizaremos los posibles escenarios procedimentales.

a) Inhabilidad:

El artículo 12 señala: *“Procederá la declaración judicial de que el menor es susceptible de ser adoptado, sea que su filiación esté o no determinada, cuando el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:*

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

Inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal. El artículo 226 se encuentra dentro del Libro I, título IX *“DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES ENTRE LOS PADRES Y LOS HIJOS”* del Código Civil, consagrándose en el artículo 224 inciso primero que: *“Toca de consuno a los padres o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.”* Por su parte el artículo 226 dispone: *“Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.*

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes.”

El artículo 226, en su nota al pie de página, nos remite al artículo 42 de la Ley 16.618, conocida como “Ley de Menores”, artículo que señala: “*Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:*

1° Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;

2° Cuando padecieren de alcoholismo crónico;

3° Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;

4° Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;

5° Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;

6° Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;

7° Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.”

1. Incapacidad mental:

La incapacidad mental, no se refiere a la incapacidad civil estudiada a propósito de los actos jurídicos. Esta incapacidad mental, debe impedir que el padre, la madre o ambos ejerzan de una forma adecuada su rol parental, esto es, velar por un adecuado desarrollo del hijo tanto en el ámbito material, como en el espiritual. Para poder hacernos una imagen más clara de este punto, a modo de ejemplo, analizaremos las incapacidades civiles, generales, para ver si concuerdan con las incapacidades mentales consideradas por el legislador como suficientes para quitarle al o los padres el cuidado personal de su hijo.

Incapacidades generales Absolutas:

- El demente: El Código Civil no define quienes son dementes, el profesor Carlos Ducci Claro, nos ofrece la siguiente definición: “*Demente o loco es la persona que está con sus facultades mentales perturbadas.*”² Demente es definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como: “Loco, falto de juicio; Que padece demencia”³. A su vez, demencia es definida como: “Locura, trastorno de la razón; Deterioro progresivo e irreparable de las facultades mentales que causa graves trastornos de conducta.”⁴ Clínicamente, la demencia se define como: “Un síndrome adquirido de alteración intelectual persistente que compromete

² Carlos Ducci Claro “Derecho Civil parte general” cuarta edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, impreso en Santiago en 1995. Página 283.

³ Definición obtenida por Internet en la página del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=demente, con fecha 14 de enero de 2010.

⁴ Definiciones obtenidas en la página Web antes citada en la misma fecha.

la función de múltiples esferas de la actividad mental tales como la memoria, el lenguaje, las habilidades visoespaciales, la emoción o la personalidad y la cognición.”⁵ De acuerdo al artículo 21 del Código Civil, debiésemos tomar la definición que nos da la psiquiatría, pues en lo pertinente dispone: *“Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; ...”* Sin embargo, en el mismo artículo, se nos da una excepción, esto es: *“... a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.”*, y en este caso claramente se ha estimado que el vocablo “demente” ha sido tomado en un sentido diverso, esto es, englobando a todas las personas que sufren una enfermedad mental de tal naturaleza que perturba sus facultades mentales, como por ejemplo una deficiencia mental, que sin ser clínicamente demencia, jurídicamente encuadra ya que claramente sus facultades mentales se encuentran perturbadas. Del mismo modo, si una persona sufre de un cuadro sicótico grave, que lo prive temporalmente de razón, jurídicamente es considerado demente, sin embargo, para la psiquiatría, para ser considerado demente, el cuadro no debe ser temporal, si no permanente.

Ahora bien, si nos planteamos la siguiente pregunta: ¿Es el demente una persona idónea para ejercer el rol parental? A nuestro entender, debemos distinguir si la afección mental que incapacita al demente para actuar en la vida civil representa o no un peligro o un potencial peligro para el Interés Superior del Niño.

- El impúber: De acuerdo al artículo 26 del Código Civil, impúber son la mujer que no ha cumplido 12 años y el varón que no ha cumplido 14.

Dejando de lado la escasa probabilidad biológica de que una niña menor de 12 y un niño menor de 14 años sean padres, nos parece del todo coincidente la causal civil de incapacidad con la causal incapacidad mental que priva del cuidado personal de un hijo, ya que un impúber no cuenta con el desarrollo suficiente para formar un juicio ni el discernimiento mínimo suficiente como para ejercer el rol parental, por otro lado aún son niños, por lo que ellos mismos deben ser objeto de protección ya que no es normal una iniciación sexual tan temprana, aún siendo “voluntaria” (voluntaria entre comillas en atención a que una persona de tan corta edad no tiene suficiente discernimiento como para otorgar una voluntad válida, usamos el término en contraposición a una agresión sexual distinta a la violación impropia). En este caso se debe intervenir para proteger el interés superior tanto del recién nacido como de la madre o padre impúber.

⁵ Definición obtenida de la página Web <http://www.fisterra.com/GUIAS2/demencias.asp> con fecha 14 de enero de 2010.

- El sordomudo que no pueda darse a entender claramente: Antiguamente la norma disponía que eran absolutamente incapaces los sordomudos que no pudiesen darse a entender por escrito, actualmente basta con que se den a entender claramente para no ser considerados incapaces, esto es, a través del lenguaje de señas o cualquier otro medio que se lo permita. De esta forma, la cantidad de sordomudos que son considerados inhábiles ha disminuido considerablemente.

Ahora bien, ¿Constituye un peligro para el interés superior del niño el hecho de ser criado por una persona que no puede darse a entender claramente? A nuestro entender no, ya que la capacidad de ejercer el rol paternal, probablemente se le hace más difícil a sordomudos que no puedan darse a entender claramente en una etapa inicial, sobretodo en su internación con terceros, sin embargo, este hecho por sí solo, no tiene por qué menoscabar sus habilidades parentales y mucho menos, inhabilitarlo para ejercer el cuidado personal.

Inhabilidades generales Relativas:

- El menor adulto: Son la mujer que ya cumplió 12 y el hombre que ya cumplió 14 sin que aún hayan cumplido 18. Esta causal no requiere mayor estudio ya que el propio Código Civil, en su artículo 262 dispone que el menor adulto no requiere autorización de sus padres para reconocer a un hijo, con lo cual se deja claro que el ser menor adulto, no lo inhabilita como padre o madre.
- El disipador interdicto: El disipador es la persona que dilapida o despilfarra sus bienes, demostrando una total falta de prudencia. Si bien es cierto, para que una persona sea declarada interdicta por disipación sus actos deben ser graves, el disipador no es incapaz hasta que es declarado interdicto y en la sentencia que declara la interdicción, se le nombra un curador de bienes, razón por la que un hijo ya estaría resguardado de la dilapidación de los bienes del padre, lo cual de todas formas no constituye una causal suficiente para privar a una persona del cuidado personal de sus hijos.

Habiendo ya hecho una pequeña comparación con las incapacidades generales civiles, debemos enfocarnos en nuestro tema que es la incapacidad mental que impide a una persona ejercer el cuidado personal de su hijo. La directriz fundamental para determinar si el padre o madre es o no incapacitado mental, en este caso está dada, por el Interés Superior del Niño, en otras palabras, que si el trastorno que sufre el padre o la madre lo convierten en un peligro o en un potencial peligro para el Interés Superior del Niño, esto es, a su adecuado desarrollo intelectual, físico, emocional y material o en el ejercicio de los derechos que la Convención Internacional de Derechos del Niño consagra. En suma, debemos preguntarnos ¿Es el trastorno mental que sufre el padre o la madre tan grave que nos haga presumir que la única forma de garantizar el Interés

Superior del Niño es separándolo de su lado? Recordemos que si bien es cierto, el artículo 42 de la Ley de Menores, dice relación con el artículo 226 del Código Civil, el cual se refiere a que el cuidado personal de un hijo puede ser confiado a terceras personas cuando el padre, la madre o ambos se encuentren inhabilitados física o moralmente, en este caso, en que se aplica de acuerdo el artículo 12 de la Ley de Adopción, la consecuencia será romper el vínculo filiativo de forma definitiva con la familia de origen.

Particularmente en esta causal, es importante determinar si la permanencia del niño en su familia de origen representa un peligro para él, debiendo determinarse de forma casuística, ya que no contamos siquiera con una definición legal de incapacidad mental, por lo que un mismo trastorno en personas distintas puede o no ser una causal para declarar la susceptibilidad de adopción de un niño. Por ejemplo, el sólo hecho de que una persona sufra un déficit cognitivo no lo inhabilita como padre o madre. Digamos que la persona A tiene un déficit cognitivo, cuenta con escasos recursos económicos, vive sola, no cuenta con redes familiares de apoyo y es madre soltera de una niña, preocupándose de que se alimente adecuadamente, de mantener una higiene adecuada y cada vez que nota que su niña se comporta de manera anormal, sea que porque llora más de lo normal o porque rehúsa recibir alimentos acude a su consultorio a preguntarle a la matrona que es lo que le pasa a la niña. Por otra parte la persona B que sufre el mismo déficit cognitivo, y las mismas condiciones socio económicas, y también es madre soltera de una niña, se presenta en su consultorio al primer control de niño sano, tal como se lo informaron al darla de alta después del parto, y llega con la niña en malas condiciones de higiene, y con una pérdida de peso significativa, por lo que la matrona le pregunta que ha pasado, ante lo cual la madre responde que ella le ponía el pecho a la niña y ella se lo rechazaba. En el ejemplo no existe razón para privar a la madre A de su hija ya que demuestra intención y capacidad para ejercer su rol materno, sin embargo, la madre B debiese ser privada de su hija en el interés superior de la niña, vemos pues que el factor déficit cognitivo no es lo que por sí sólo conlleva la declaración de susceptibilidad de adopción, si no el hecho de que la madre B representa un peligro para el adecuado desarrollo de su hija.

En síntesis, lo que determina que una madre o un padre sean considerados incapaces mentalmente es que, a raíz de su trastorno, sean considerados un peligro para el adecuado desarrollo del niño, dejando al juez sin más alternativa que declarar la susceptibilidad de adopción para resguardar el Interés Superior del Niño.

2. Alcoholismo crónico:

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, alcoholismo es: “Abuso habitual y compulsivo de bebidas alcohólicas; enfermedad ocasionada por tal

abuso, que puede ser aguda, como la embriaguez, o crónica. Esta última produce trastornos graves y suele transmitir por herencia otras enfermedades, especialmente del sistema nervioso.”⁶ Otra definición que pudimos encontrar es la siguiente: “Es el consumo de bebidas alcohólicas a un nivel que interfiere con la salud física o mental, al igual que con las responsabilidades sociales, familiares o laborales.”⁷

El nivel de alcoholismo que se requiere para que le otorguen el cuidado personal de un niño a terceras personas y en nuestro caso de estudio, para que se declare la susceptibilidad de adopción es un nivel crónico de alcoholismo, por lo que plantear la peligrosidad de que un niño continúe al cuidado personal de una persona que padece esta condición sería redundante.

3. Cuando no velen por el cuidado personal de la crianza o educación del hijo:

La causal está claramente expresada, por lo que no cabe mayor análisis ni interpretación de la misma, pese a lo cual nos permitiremos algunos pequeños comentarios al respecto.

La crianza de un niño tiene que ver con la adquisición de principios y valores morales, de patrones de conducta socialmente aceptables, de hábitos de vida que los padres están llamados a inculcar en un niño. Dice relación con las bases de comportamiento y la forma en que los niños enfrentarán la vida.

En cuanto a la educación, se refiere a la educación formal que todo niño tiene derecho a recibir. Derecho consagrado en el artículo 19 número 10 de la Constitución Política de la República, que dispone: “10°. *El derecho a la educación.*

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia y garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal al segundo nivel de transición, sin que éste constituya un requisito para el ingreso a la educación básica.

La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.

⁶ Definición obtenida con fecha 15 de enero de 2010 de la página Web http://buscon.rae.es/raeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=alcoholismo

⁷ Definición obtenida en <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000944.htm> con fecha 15 de enero de 2010.

Corresponderá al estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.

Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación.”

4. Cuando consientan en que los niños se entreguen a la vagancia o mendicidad en lugares o vías públicas:

Vagancia es definida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como: “Acción de vagar (// estar ocioso); pereza y falta de ganas de hacer algo”. Mendigar es definido como: “Estado y situación de mendigo; acción de mendigar”. En tanto que mendigar es definida como: “Pedir limosna de puerta en puerta; solicitar el favor de alguien con inoportunidad y hasta con humillación”.

Ambas actividades en sí altamente nocivas para un niño, pues los expone a los peligros que existen en la vía y lugares públicos, ya que pueden transformarse en víctimas de delitos o de accidentes al no contar con la supervisión adulta adecuada, lo cual denota un actuar temerario por parte de los padres, ya no sólo un simple descuido ocasional en el cuidado del niño. Además de lo anteriormente expuesto, el que un niño se entregue a la vagancia o a la mendicidad, por regla general va asociado a la deserción escolar, lo que sumaría al comportamiento de los padres la causal contemplada en el número 3 del artículo 42 en estudio. Debemos además hacer presente que el que un niño se entregue a la mendicidad, sea abiertamente o a pretexto de oficio, muy frecuentemente es por orden de los padres, quienes les exigen una cuota diaria de dinero, con lo que se estaría explotando a los niños.

5. Condenados por secuestro o abandono de menores:

Para que un niño sea declarado susceptible de ser adoptado por esta causa, es necesario que su padre, madre o ambos hayan sido condenados por uno de estos delitos. Veamos, pues, la tipificación de estos ilícitos:

- El secuestro: Lo encontramos tipificado en el Código Penal, Libro II “Crímenes y simples delitos y sus penas.” Título III “De los crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantizados por la Constitución” Párrafo 3 “Crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad, cometidos por particulares” Artículo 141 que dispone: *“El que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad, comete el delito de secuestro y será castigado con la pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo.*

En la misma pena incurrirá el que proporcione lugar para la ejecución del delito.

Si se ejecutare para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

Si en cualesquiera de los casos anteriores, el encierro o la detención se prolongare por más de quince días o si de ello resultare un daño grave a la persona o intereses del secuestrado, la pena será presidio mayor en su grado medio a máximo.

El que con motivos u ocasión del secuestro cometiere además homicidio, violación, violación sodomítica o alguna de las lesiones comprendida en los artículo 395⁸, 396⁹ y el 397 N° 1¹⁰, en la persona del ofendido, será castigado con presidio mayo en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.”

Ahora bien el artículo 142 dispone: “La sustracción de un menor de 18 años será castigada:

1.- *Con presido mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, si se ejecutare para obtener un rescate, imponer exigencias, arrancar decisiones o si resultare un grave daño en la persona del menor.*

2.- *Con presido mayor en su grado medio o máximo en los demás casos.*

Si con motivo u ocasión de la sustracción de cometiere alguno de los delitos indicados en el inciso final del artículo anterior, se aplicará la pena que en él se señala.”

A nuestro entender el N° 5 del artículo 42 de la Ley de Menores, 16.618, contempla como causal suficiente para declarar la inhabilidad, la conducta tipificada en el artículo 141, por ser el tipo genérico, ya que es la misma conducta que castiga el 142, además de proteger el mismo bien jurídico, y tener el mismo sujeto activo, con la diferencia de que en el artículo 142, que tipifica al sustracción de menores, el sujeto pasivo es un menor de 18 años, y que la pena asignada es mayor. Con esto queremos decir que basta con la condena sea por secuestro, entendiéndose que comprende a su vez la sustracción de menores.

- El abandono de menores: Lo encontramos tipificado en el Código Penal, Libro II “Crímenes y simples delitos y sus penas” Título VII “Crímenes y simples delitos

⁸ El artículo 395 del Código Penal: “*El que maliciosamente castrare a otro...*”

⁹ El artículo 396 del Código Penal: “*Cualquiera otra mutilación de un miembro importante que deje al paciente en la imposibilidad de valerse por sí mismo o de ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba, hecha también con malicia...*

En los casos de mutilaciones de miembros menos importantes, como un dedo o una oreja...”

¹⁰ El artículo 397 del Código Penal: “*El que hiriere, golpeare o maltratare de obra a otro, será castigado como responsable de lesiones graves:*

1º ...si de resultas de las lesiones queda el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme.”

contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual” Párrafo 2 “Abandono de niños y personas desvalidas.”

Entre los artículos 346 y 352 del Código Penal, se describen las conductas constitutivas del delito o del crimen de abandono de niños y personas desvalidas. Se describen diversas conductas, distinguiéndose entre la edad del niño, el lugar en que se le abandona, la existencia o no de casas de expósitos y la persona que lo abandona, como así también si como resultado del abandono se producen lesiones o la muerte del menor. Así se tipifica como delito a quien abandona en un lugar no solitario a un menor de 7 años; que el abandono lo realicen los padres o quien tenga al niño bajo su cuidado y resida a menos de 5 kilómetros de un lugar en que hubiere una casa de expósitos, esto es, una casa de acogida para niños huérfanos o en riesgo social, sancionando con una pena inferior, si dicha casa no existiese dentro de ese límite; que como resultado del abandono, resulten lesiones graves o la muerte del niño, variando la pena de acuerdo a la persona que efectúa el abandono, no existiendo sanción penal si el abandono se realiza en una casa de expósitos; se sanciona, a su vez, el abandono de un niño menor de diez años en un lugar solitario, aumentando la pena si el abandono es realizado por las personas antes mencionadas y vuelve a aumentar si del abandono resultaren lesiones graves o la muerte del niño. El artículo 352 tipifica al abandono de personas enfermas o imposibilitadas siendo éstas, cónyuge, ascendiente o descendiente de la persona que lo abandona y que como resultado del abandono sufre lesiones graves o muere.

A nuestro entender, esta causal de inhabilidad está dada porque el que una persona sea condenada por uno de estos delitos, demuestra tal nivel de displicencia por la seguridad e incluso por la vida de otros, que representa un potencial peligro para ese niño, pues qué garantías ofrecería una persona capaz de estos delitos para hacerse cargo del cuidado de un niño.

6. Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad:

Maltrato comprende tanto los malos tratamientos de obra como la palabra u omisión que menoscaben al niño. Tanto los malos tratos como los malos ejemplos y las conductas que constituyan un peligro para la moralidad del niño, deben ser de tal envergadura que la mejor alternativa para garantizar tanto la seguridad como el adecuado desarrollo del niño, sea privarlo de su medio familiar de origen.

7. Cuando cualesquiera otras circunstancias coloquen al menor en peligro moral o material.

Esta causal destruye la taxatividad de la norma, pues es una causal genérica que permite tanto a los entes de protección de la infancia como los Tribunales de Justicia

velar por la integridad de los niños en riesgo, tomando las medidas que el Interés Superior del Niño amerite y evitar que el o los peligros a los que se encuentra expuesto el niño puedan en definitiva hacerse efectivos y perjudicarlo.

Así, hemos puesto fin al estudio de la inhabilidad como causal de declaración de susceptibilidad de adopción, pasando al estudio del abandono.

b) Abandono:

El artículo 12 señala: *“Procederá la declaración judicial de que el menor es susceptible de ser adoptado, sea que su filiación esté o no determinada, cuando el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:*

2. *No le proporcionen atención personal o económica durante el plazo de dos meses. Si el menor tuviera una edad inferior a un año, este plazo será de treinta días.*

No constituye causal suficiente para la declaración judicial respectiva, la falta de recurso económicos para atender al menor.”

La pobreza no es causal de declaración de susceptibilidad de adopción en Chile, queremos ser muy enfáticos en eso para que quede muy claro. La conducta que se está describiendo en esta causal es la falta de atención a un hijo, sea esta personal, como por ejemplo un niño que vive sólo con uno de sus padres y uno de ellos se desentienden de su vida y se limita a depositar mensualmente una pensión de alimentos sin mantener ningún tipo de relación con el niño, no le está prestando atención personal y en configurarían perfectamente esta causal para que el niño sea declarado susceptible de ser adoptado y que el padre o la madre que se ocupó de él solicite, junto a su cónyuge, la adopción por regularización. La falta de atención económica se refiere a contribuir a que las necesidades de un hijo estén cubiertas, en atención y proporción a sus facultades económicas. Por supuesto, no se le puede exigir lo mismo a un padre cesante (que a pesar de su condición debe cumplir con su obligación de alimentos) que a un padre con un alto nivel de ingresos. Para enfatizar de hecho que la falta de recursos económicos no es causal de declaración de susceptibilidad, podemos ofrecer el siguiente ejemplo: Una madre en situación de calle, solicita ante Tribunales la internación provisoria de su hijo en un hogar de protección por no contar con los medios necesarios para satisfacer las necesidades básicas de su hijo, por lo cual el niño es internado en un Hogar. A dicha institución la madre acude cada vez que el horario de visitas se lo permite, busca un trabajo y lo adquiere, desde el pago de su primer sueldo, compra colaciones o lo que se le indique en el Hogar y tan pronto cuenta con los medio necesarios vuelve a Tribunales solicitando el egreso de sus hijo. En este caso no existió atención económica directa por parte de la madre, pero ella se preocupó de que su

hijo tuviese cubiertas sus necesidades básicas en una institución destinada a ello y ella le prestó toda la atención personal que le pudo proveer, por lo que no se configura la causal.

c) La entrega del niño a una institución pública o privada o a un tercero con ánimo manifiesto de desentenderse de sus obligaciones legales:

En el Código Civil, encontramos en el Libro I, Título IX “De los derechos y obligaciones de los padres y los hijos” las disposiciones que consagran, como su título lo indica tanto las obligaciones como de los derechos entre padres e hijos. Lo que nos interesa en este punto son las obligaciones de los padres para con los hijos entre las que podemos mencionar que la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurará la mayor realización espiritual y material posible; lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades de acuerdo a lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 222 del Código Civil; el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos según el artículo 224 del mismo cuerpo legal; el mantener una relación directa y regular con el niño cuando viva sólo con uno de sus padres contemplado en el artículo 229; contribuir a los gastos de educación, crianza y establecimiento del hijo artículo 230; dar alimentos consagrada en el artículo 232; educar y orientar al hijo hacia el pleno desarrollo artículo 236.

Cuando el o los padres del niño, lo entregan, sea a una institución pública o privada o bien a un tercero, con el ánimo manifiesto de no cumplir con estas obligaciones, se configura la causal del artículo 12 letra c) de la Ley 19.620, pudiendo declararse en definitiva al niño como susceptible de ser adoptado.

El artículo 12 ofrece presunciones que facilitan la prueba de éste ánimo manifiesto de los padres de liberarse de sus obligaciones, disponiendo: “Se presume ese ánimo cuando la mantención del menor a cargo de la institución o del tercero no obedezca a una causa justificada, que haga más conveniente para los intereses del menor que el ejercicio del cuidado personal por el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado.

Se presume, asimismo, cuando dichas personas no visiten al menor, por lo menos una vez durante cada uno de los plazos señalados en el número precedente, salvo causa justificada. Para este efecto, las visitas quedarán registradas en la institución.

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

Con estas disposiciones se facilita la labor probatoria en estas causas, con lo que se acortan los plazos de espera en abandono de los niños. Disminuyendo el período en que el

niño se encuentre en esta situación, de padres desvinculados de sus obligaciones, se reducen las posibilidades de que los derechos de ese niño se vean vulnerados. Con estas presunciones, se puede resolver con mayor celeridad la situación del niño, otorgando certeza en cuanto a su permanencia en la familia de origen o la posibilidad de ser adoptado por una familia idónea.

Habiendo ya examinado las causales contempladas en el artículo 12 letra c), pasaremos a examinar los posibles escenarios procedimentales:

Una causa que tenga por objeto declarar a un niño susceptible de ser adoptado, puede iniciarse de oficio por el juez, por el Servicio Nacional de Menores o a instancia de las personas naturales o jurídicas que lo tengan a su cargo.

Una causa puede ser iniciada de oficio por el juez. Esto se dará generalmente durante el conocimiento de una causa por medida de protección a favor de un niño que se encuentre en riesgo. Es posible que durante el desarrollo de una causa por medida de protección, el juez cuente con los antecedentes suficientes para presumir que se cumple con los requisitos de alguna de las causales del artículo 12 letra c), ante lo cual ordena la apertura de una causa de susceptibilidad de adopción, para confirmar o descartar la vulneración de derechos de ese niño y adoptar todas las medidas que sean necesarias para garantizar el Interés Superior del Niño.

En cuanto al Servicio Nacional de Menores, éste se divide en dos grandes áreas, la primera de Protección de Derechos, que es la que nos ocupa en este trabajo y la segunda, que dice relación con la Responsabilidad Penal Juvenil. El Servicio Nacional de Menores, mantiene bajo su dependencia y administración directa Hogares de Protección de Menores, divididos en Centros de tránsito, diagnóstico y distribución en residencia. Los centros residenciales se dividen en centros de diagnóstico para lactantes o preescolares y para mayores; los centros de residencia de protección para preescolares, madres adolescentes y para mayores; Residencia para niños y niñas con discapacidad mental, física o sensorial y de residencia especializada para inimputables.

Ahora bien, en cuanto a los Centros de Residencia, esto es los Hogares de Protección, están concebidos como una medida de protección de carácter excepcional y provisorio, a la que sólo se recurrirá cuando los niños o niñas deban ser separados de sus familias; en cuanto su permanencia con éstas, implica un riesgo para su integridad física, psicológica y/o social, para la protección de sus derechos y en definitiva, la separación de su familia de origen, sea la única vía para velar por su Interés Superior. Estos centros son la instancia responsable de investigar y evaluar la situación de vulneración que motivó el ingreso del niño o niña al sistema de protección residencial del Servicio Nacional de Menores. Para ello, cuentan con lo que se denomina equipo técnico o dupla psicosocial, compuesta, como su nombre lo indica, por un psicólogo y un asistente social, quienes

proponen alternativas de intervención y/o derivación al Tribunal competente, impulsando un modelo de diagnóstico e intervención temprana, que permita realizar acciones oportunas y reparadoras, siempre dirigidas a restituir los derechos vulnerados, del niño o niña, principalmente su derecho a vivir y desarrollarse en una familia. Este modelo de diagnóstico e intervención temprana, propone a la familia un plan de trabajo para lograr la reparación de las condiciones de vulneración de derechos que motivaron la internación del niño o niña. Si la familia logra cumplir con los planes de trabajo, ofreciendo al niño un ambiente saneado de las vulneraciones que iniciaron la causa por medida de protección, se cumple con el objetivo del programa y en definitiva se egresa al niño o niña con su familia. Si por el contrario, el plan de trabajo planteado fracasa, se diseña otro, agotando las posibilidades de que el niño o niña egrese del hogar de residencia con su familia de origen. Cuando las posibilidades se agotan o el diagnóstico es demasiado severo, se coordina en la reunión con la dirección regional del Servicio Nacional de Menores quien inicia una causa por susceptibilidad de adopción.

El Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él bajo cuyo cuidado se encuentre el niño, son los únicos que pueden iniciar una causa por susceptibilidad de adopción respecto de niños que no tengan determinada su filiación respecto de ninguno de sus padres.

Las causas por susceptibilidad de adopción, también pueden ser iniciadas por personas naturales o jurídicas que tengan al niño o niña a su cargo. Esto es cuando los padres, hacen entrega de los niños a terceras personas o a una institución no dependiente del Servicio Nacional de Menores, como por ejemplo las Aldeas SOS. En caso de que la persona que tenga a su cargo al niño sea una persona jurídica, la causa debe ser iniciada por su director. Si la persona que inicia la causa por susceptibilidad de adopción es una persona natural, ésta debe contar con el certificado de idoneidad a que se refiere el artículo 23, que los habilite como padres adoptivos. Este certificado lo otorga el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él. En cuanto a su obtención, nos referiremos a ella en los requisitos para ser adoptante. Las personas naturales deben acompañar el certificado de idoneidad a la solicitud de declaración de susceptibilidad de adopción. El artículo 13 se refiere en términos imperativos a que se acompañe dicho certificado, por lo que la solicitud debe declararse inadmisibile en caso de no acompañarse.

Si la causa es iniciada de oficio por el Tribunal o previa solicitud de una persona natural o jurídica, siempre que dicha persona jurídica no sea un organismo acreditado ante el Servicio Nacional de Menores, el Tribunal nombrará un Curador Ad Litem que represente los intereses del niño, velando por su Interés Superior.

Iniciada la causa por susceptibilidad de adopción, el juez ordenará acumular o traer a la vista las causas por medida de protección seguidas a favor del niño de autos, así como

también, ordenará citar a los ascendientes y otros consanguíneos del niño, citando a los padres personalmente y a los demás ascendientes por carta certificada. Esto en caso de que los padres y ascendientes tengan domicilios conocidos. Si no los tuviesen, oficiará al Servicio de Registro Civil e Identificación y al Servicio Electoral, a fin de que informen al Tribunal, dentro de quinto día, el último domicilio que conste en sus registros de la persona que se pretende notificar. En caso de no poder establecerse el domicilio de alguna de las personas que se intenta notificar, o de no ser habido en el o los domicilios informados, el juez ordenará la notificación de estas personas por medio de un aviso publicado en el Diario Oficial, el que se realizará por una vez los días primero o quince de un mes o el día siguiente hábil en caso de que éste fuese feriado. El aviso es un extracto, realizado por el Ministro de Fe del Tribunal, el que contendrá la mayor cantidad de datos disponibles para la identificación del niño y de la causa, incluyéndose por regla general la individualización del Tribunal que ordena la publicación y su ubicación, la individualización de la causa por medio de su rol interno y su materia, la individualización del niño mediante su nombre y cédula nacional de identidad y la individualización de la o las personas a quienes se pretende notificar por este medio (por ejemplo el padre don “Juan Pedro González Pérez” cédula nacional de identidad 10.588.123-9, y a los demás ascendientes y consanguíneos) se cita a audiencia preparatoria de juicio, indicando además la fecha, hora y la sala en que se realizará y se incluyen los apercibimiento establecido en el artículo 14 de la Ley 19.620, esto es que de no concurrir a la audiencia, se presumirá su consentimiento favorable a la declaración de que el niño es susceptible de ser adoptado, teniéndose además por rebeldes para todos los efectos legales. La notificación se entiende practicada tres días después de la publicación del aviso en el Diario Oficial.

Además, deberá citarse al niño cuando tenga la edad suficiente para comparecer a audiencia confidencial y a toda otra persona que pueda aportar antecedentes relevantes para la acertada resolución del asunto.

Ahora analizaremos los posibles escenarios de audiencia preparatoria:

➤ Niño que no tenga determinada su filiación respecto de ninguno de sus padres:

En éste caso, los padres y los demás ascendientes y consanguíneos han sido citados por medio del aviso publicado en el Diario Oficial que ya mencionamos.

A pesar de que la Ley 19.620, no hace mención a esto, a nuestro entender, si al momento de la audiencia preparatoria se presenta alguna persona alegando parentesco con el niño de autos, ésta no debiese ser admitida como parte mientras no exista una determinación de la filiación respecto del niño ante el Servicio de Registro Civil e Identificación. Pues de no existir filiación determinada, no hay persona que pueda acreditar la legitimación para comparecer en la causa como ascendiente o consanguíneo.

Como ya señalamos, esta causa sólo puede ser iniciada por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él. Estos, además son los llamados a evacuar y rendir los informes que acrediten los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la declaración de susceptibilidad de adopción, en especial la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del niño en su familia de origen y las ventajas, que para el niño, representaría la adopción. El Tribunal puede tener por suficientemente acreditadas las circunstancias y hechos que motivan la solicitud, como así también los beneficios que reportaría para el niño la adopción, con el sólo mérito de este informe.

El artículo 15, inciso final de la Ley 19.620 dispone: “*Si no se dedujere oposición y se contare con los antecedentes de prueba suficientes para formarse convicción, el tribunal dictará sentencia en la audiencia preparatoria.*” Para este caso en particular, al no existir vínculos de filiación, no hay ascendientes ni consanguíneos legitimados para oponerse a la declaración de susceptibilidad de adopción, por lo que, contando con el informe antes mencionado, que logre formar la convicción del Tribunal, se dictará sentencia en la audiencia preparatoria.

➤ Niños que tengan determinada su filiación por lo menos respecto de uno de sus padres:

Efectuadas conforme a derecho las citaciones a los padres y demás ascendientes y consanguíneos, hasta el tercer grado en la línea colateral, se lleva a cabo la audiencia preparatoria. Si no fue posible realizar conforme a derecho dicha citación, es necesario suspender la audiencia, fijar nuevo día y fecha y citarlos correctamente, pues de lo contrario, existiría un vicio de nulidad por falta de emplazamiento, lo que acarrearía la nulidad de todo lo obrado. En el evento de que el juez no advierta el hecho de no estar debidamente emplazado alguno de los padres, el solicitante o el Curador Ad Litem debe solicitar la suspensión de la audiencia.

Habiendo sido citados conforme a derecho todos los interesados, se lleva a cabo la audiencia preparatoria, pudiéndonos encontrar con los siguientes escenarios:

- No comparece ningún ascendiente ni consanguíneo: En este caso, habiendo sido notificado bajo los apercibimientos del artículo 14, el solicitante o el Curador Ad Litem deben solicitar al Tribunal se les tenga por incursos en los apercibimientos, esto es, se presume su consentimiento favorable a la declaración de susceptibilidad de adopción y que se tengan por rebeldes para todos los efectos legales. Durante la audiencia preparatoria, el requirente ratifica la solicitud, haciendo para ello una relación breve y sintética de la misma, luego de lo cual el juez determinará el objeto del juicio y los hechos a probar. El artículo 15 inciso 2º dispone: “*El juez resolverá acerca de la veracidad de los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la declaración de que el menor es susceptible e ser*

adoptado, en especial la imposibilidad de disponer que otras medidas que permitan la permanencia del mismo en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él.” El mismo artículo señala que los informes que se evacuen y rindan al respecto, esto es sobre la veracidad de los hechos y circunstancias que motivan la solicitud, como así también las ventajas que le reporte la adopción, pueden servir de para que el Tribunal estime estas circunstancias como suficientemente acreditadas. Si así fuese, es decir, si el Tribunal estima suficientemente acreditadas estas circunstancias, formando su convicción y no habiéndose deducido oposición, el Tribunal dictará sentencia en la audiencia preparatoria si los informes presentados logran formar convicción en el juez.

- Los ascendientes y/o consanguíneos comparecen y se allanan: Estando los interesados citados conforme a derecho y los que comparecen se allanan, el Tribunal procederá de acuerdo al artículo 15, dictando sentencia en la audiencia preparatoria, si cuenta con los elementos suficientes para formar su convicción.
- Comparecen ascendientes y/o consanguíneos alguno o algunos de ellos se allanan y otro u otros se oponen: Se inicia la audiencia preparatoria con la ratificación de la solicitud por parte del requirente y de la contestación de la demanda por la familia de origen si se opone a la declaración de susceptibilidad de adopción. Se ofrece la palabra a los ascendientes y consanguíneos que comparecen; si entre ellos hay quienes se allanan a la solicitud, prestarán declaración y el Tribunal los excusará de asistir a la audiencia de juicio, continuando el proceso con quienes se opongan a la declaración.
- Los ascendientes y/o consanguíneos comparecen y se oponen: En éste caso si los que comparecen, lo hacen sin el patrocinio de un abogado, lo más recomendable es solicitar la suspensión de la audiencia preparatoria, a fin de la familia de origen cuente con la adecuada asesoría jurídica, para descartar así cualquier posibilidad de vicio que acarree la nulidad del proceso. En caso de que comparezcan patrocinados por un abogado, se llevará a cabo la audiencia preparatoria, ratificando el requirente la solicitud haciendo para ello una relación breve y sintética de la misma, la familia de origen a través de su abogado expondrá de igual forma la contestación de la demanda, el Tribunal fijará el objeto del juicio y los hechos a probar, dando la palabra a las partes para que ofrezcan sus pruebas y citando a audiencia de juicio. En caso de ser pertinente por su edad, se citará a audiencia confidencial al niño de autos, a fin de que éste sea oído por el Tribunal. La audiencia de juicio se llevará a cabo en un solo acto, pudiendo prorrogarse en sesiones sucesivas si fuese necesario. En ella, el juez verificará la presencia de las

personas que hubieren sido citadas a la audiencia y declarará iniciado el juicio. La prueba se rinde de acuerdo al orden establecido por las partes que la ofrecen, comenzando por la prueba del solicitante, siguiendo por la de la familia de origen, luego la del Curador Ad Litem y culminando con la ofrecida por el Tribunal. Una vez rendida la prueba, el juez solicitará al Consejero Técnico presente en la audiencia su opinión respecto de la prueba practicada. Finalmente, el Tribunal ofrecerá la palabra a las partes para la realización de las observaciones a la prueba y los alegatos de clausura. Concluidos los alegatos, el juez dará su veredicto, postergando la redacción de la sentencia hasta por cinco días hábiles, ampliables por otros cinco por razones fundadas y fijando fecha para la lectura de sentencia la que podrá efectuarse de forma resumida. La sentencia se notifica a los consanguíneos que comparecieron al juicio por cédula en el domicilio que conste en el proceso, sin perjuicio de que puedan asistir a la audiencia de lectura de sentencia.

De acuerdo al artículo 17, contra la sentencia definitiva, ya sea que declare al niño susceptible de ser adoptado o que deniegue dicha declaración procede recurso de apelación en el sólo efecto devolutivo. Las causas en las cuales no sea parte el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él y que no sean apeladas, deberán elevarse en Consulta al Tribunal superior, esto es, la Corte de Apelaciones. Ya sea que la causa suba a la Corte de Apelaciones por apelación o por consulta, gozará de preferencia para su vista y fallo. Pese a que los términos en que el artículo 17 se refiere a la procedencia del recurso de apelación, esto es, que el niño es “susceptible de ser adoptado”, a nuestro entender cualquiera que sea la causal del artículo 8 invocada para declarar al niño en condiciones de ser adoptado es procedente el recurso de apelación o la consulta, en caso de que ni el Servicio Nacional de Menores ni un organismo acreditado ante él sean parte en el proceso y no se haya apelado.

Ejecutoriada la sentencia que declara al niño susceptible de ser adoptado, el Tribunal oficiará al Servicio Nacional de Menores a fin de que incluya al niño en el registro de personas que pueden ser adoptadas. La no inclusión del niño en dicho registro no obstará a la adopción si se cumplen con todos los procedimientos y requisitos legales.

Desde que la sentencia que declara que el niño puede ser adoptado se encuentra ejecutoriada, se cumplen los requisitos para que el niño pueda ser adoptado.

Requisitos para poder adoptar: Proceso de evaluación.

Este es el momento de analizar los requisitos que un interesado en la adopción debe cumplir para ser considerado idóneo como padre o madre adoptiva. Para ello analizaremos

los requisitos legales y en general, el proceso de evaluación que realiza el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él, además de los requisitos para la interposición de la solicitud de adopción de los cónyuges con residencia permanente en Chile, sin residencia permanente en Chile, y los solicitantes solteros, divorciados o viudos.

Antes de iniciar el estudio de los requisitos que deben cumplir los interesados, debemos destacar que, en atención a que la finalidad de la adopción es amparar el derecho de un niño a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados necesarios para satisfacer sus necesidades afectivas, intelectuales, espirituales y materiales, velando por su interés superior, cuando ello no pueda ser proporcionado por su familia de origen, sólo pueden solicitar la adopción de un niño personas naturales, es decir, que las personas jurídicas no pueden adoptar niños, pues no forman familias y por lo mismo no pueden satisfacer las necesidades afectivas y espirituales de un niño.

i. Requisitos que deben cumplir los matrimonios interesados en la adopción con residencia permanente en Chile

1. La persona interesada en la adopción debe tener más de 25 y menos de 60 años de edad. Estos límites etarios, se establecen para preservar el Interés Superior del Niño, pues con la edad mínima de 25 años se presume que una persona cuenta con la madurez suficiente para asumir una maternidad o paternidad, contando con los elementos necesarios para hacerse cargo de la crianza de un niño, guiándolo hacia un completo desarrollo de sus potencialidades. Por otro lado una persona mayor de 60 años ya no contaría con la firmeza necesaria para enfrentar todas las etapas del desarrollo de una persona, sin mencionar el incremento en las posibilidades de fallecimiento de esta persona durante el crecimiento del niño. Sin embargo si el solicitante es ascendiente consanguíneo del niño que se pretende adoptar, estos límites no serán exigibles.
2. Las personas interesadas en la adopción deben tener por lo menos 20 años de diferencia con el niño que se pretende adoptar. Esta diferencia de edad se puede disminuir hasta en 5 años si el Interés Superior del Niño así lo dictare. Esta diferencia está fundada en la imitación de la naturaleza, es decir, con la exigencia de esta diferencia, la Ley 19.620 pretende que el niño parezca hijo natural, mejor dicho, biológico de sus padres adoptivos. De la misma forma que el requisito anterior, esta diferencia de edad no es exigible si uno de los solicitantes es ascendiente consanguíneo del niño que se pretende adoptar.
3. El matrimonio debe tener por lo menos 2 años, lo cual se acreditará por el respectivo certificado de matrimonio, a no ser que uno o ambos cónyuges esté afectado por infertilidad, caso en el cual no es exigible este requisito. La primera impresión que

nos da este requisito es que el legislador pretende que la pareja se afiance como una familia, sin embargo, al no hacer exigible este requisito cuando uno o ambos cónyuges es afectado por infertilidad, nos da a entender que el legislador exige este plazo para que los cónyuges tuviesen el tiempo necesario para intentar tener hijos biológicos.

4. Ser evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él. Para ello, las personas interesadas, deben acudir al programa de adopción de alguno de estas instituciones. Este proceso, en el Servicio Nacional de Menores, se inicia con la asistencia de los interesados a las charlas informativas, donde se les explica en qué consiste la adopción y cuál es el proceso que deberán vivir para ser considerados idóneos para la adopción, así como también el proceso de adopción propiamente tal. El segundo paso a seguir en la evaluación ante el Servicio Nacional de Menores es una entrevista con un profesional de la unidad de adopción de la Dirección Regional del Servicio Nacional de Menores, el cual verificará el cumplimiento de los requisitos legales y la viabilidad de la solicitud, así como también orientarán a los interesados acerca del procedimiento de adopción y se les informa sobre los documentos que es necesario que presenten para enterar la solicitud. Si los interesados cumplen con los requisitos legales, el tercer paso a seguir, es la evaluación psicológica y social, la cual será realizada por profesionales externos al Servicio Nacional de Menores. En caso de que los profesionales Asistente Social y Psicólogo realicen un informe favorable al interesado, éste será considerado como física, mental, psicológica y moralmente idóneo por la respectiva Unidad de Adopción de la Dirección Regional del Servicio Nacional de Menores. Si los profesionales externos consideran que el interesado no está en condiciones de ser considerado apto en ese momento, se le derivará a terapia, con el fin de poder realizar nuevamente la evaluación una vez que ella se concluya. Si realizada la segunda evaluación, el interesado aún no puede ser considerado apto, se le dará a conocer tal situación y las razones por las cuales se rechaza su solicitud. En cuanto la Unidad de Adopción considera a una persona como idónea para la adopción, ella es ingresada al registro a que se refiere el artículo 5 de la Ley 19.620, esto es el registro de personas interesadas en la adopción. Desde que la persona es considerada idónea, hasta el momento del enlace con el niño, el Servicio Nacional de Menores acompaña al interesado en su período de espera, por medio de encuentros y talleres.
5. En todas aquellas gestiones en las que se requiera expresión de voluntad, los cónyuges deben actuar de consuno. Esto quiere decir que cada vez que se requiera que los cónyuges expresen su voluntad durante el proceso, ellos deben estar de acuerdo en

la adopción; de nada sirve que una persona casada cumpla con todos los requisitos para adoptar si su cónyuge no está interesado.

6. No deben estar judicialmente separados. La adopción no podrá concederse a cónyuges que se encuentren separados judicialmente. En caso de reconciliación, ésta deberá comprobarse de conformidad a las normas de la Ley de Matrimonio Civil, esto es de acuerdo al artículo 39 inciso 2º de dicho cuerpo legal el cual dispone en lo pertinente que: *“... para que la reanudación de la vida en común sea oponible a terceros, bastará que ambos cónyuges dejen constancia de ella en acta extendida ante el Oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción matrimonial. El Oficial del Registro Civil comunicará estas circunstancias al tribunal competente, quien ordenará agregar el documento respectivo a los antecedentes del juicio de separación.”*

Por último, es del caso señalar que se le puede otorgar la adopción de un niño a un matrimonio, a pesar de que uno de los cónyuges haya fallecido, cuando el fallecimiento se produce una vez iniciado el proceso de adopción propiamente tal o bien cuando sin haberse presentado la solicitud de adopción, conste la voluntad del difunto de adoptar conjuntamente con el cónyuge sobreviviente. Para que esta voluntad tenga validez en este caso, debe constar en un instrumento público, testamento o por un conjunto de testimonios fidedignos que establezcan de un modo incontrarrestable la voluntad de adoptar. La prueba de testigos no es suficiente para dar por acreditada esta voluntad. En estos casos se le puede conceder la adopción al cónyuge sobreviviente y ésta se entenderá efectuada por ambos cónyuges desde la fecha de la inscripción de nacimiento ordenada por la sentencia que constituye la adopción.

Así mismo, se le puede conceder la adopción a los cónyuges que, habiendo iniciado los trámites de adopción propiamente tal, se hayan separado judicialmente antes de la culminación del proceso de adopción, si dicha adopción conviene al interés superior del niño.

ii. Requisito general que deben cumplir las personas solteras, divorciadas o viudas.

A demás de cumplir con los requisitos anteriores de rango y diferencia de edad, las personas solteras, divorciadas o viudas sólo pueden postularse como padres o madres adoptivas si cuentan con residencia permanente en Chile, es decir, que no se aceptará la postulación de personas de estos estados civiles que no tengan residencia permanente en Chile.

Esto no tiene nada que ver con la nacionalidad. Cualquiera que sea la nacionalidad del solicitante si tiene residencia permanente en Chile cumple con este requisito, del mismo modo si un chileno con alguno de estos estados civiles no cuenta con residencia permanente en Chile, no cumple con este requisito.

Estos interesados en la adopción, además deben participar en el programa de adopción que imparte ya sea el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él. Este programa consiste en un conjunto de actividades tendientes a proporcionarle una familia a un niño que carece de ella. Para eso cuenta con profesionales expertos, habilitados en distintas áreas, quienes que los evaluarán técnicamente para determinar si son o no idóneos como padres adoptivos, así como también, les prestarán apoyo y los guiarán en la preparación como padres adoptivos.

De acuerdo al artículo 21 de la Ley 19.620, sólo si no existen matrimonios interesados o que únicamente existan matrimonios sin residencia permanente en Chile, los interesados solteros, divorciados o viudos pueden postular como adoptantes, si cumplen con los requisitos anteriores. Si son varios los interesados, se preferirá de entre ellos al consanguíneo del niño o en su defecto a quien tenga el cuidado personal del niño.

iii. Requisitos que deben cumplir los matrimonios sin residencia permanente en Chile.

Los interesados sin residencia permanente en Chile, sólo pueden ser propuestos como padres adoptivos cuando no existan matrimonios interesados que tengan residencia permanente en el país, lo cual se verifica en base al registro que de acuerdo al artículo 5 debe llevar el Servicio Nacional de Menores. Sin embargo, si existen razones de mayor conveniencia para el niño, el juez puede acoger la solicitud a tramitación, debiendo fundamentar su resolución.

Sólo se dará curso a las solicitudes de los matrimonios que cumplan con los requisitos del artículo 20 incisos 1, 3 y 4 y el artículo 22 de la Ley de Adopción, esto es: contar con dos o más años de matrimonio, lo que no es exigible si uno o ambos cónyuges están afectados por infertilidad; haber sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneo por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él; además deben cumplir con la diferencia y el rango etario exigidos, a no ser que uno de los solicitantes sea ascendiente consanguíneo del niño que se pretende adoptar, y por último deben actuar de consuno. Todos estos requisitos son iguales a los que deben cumplir los interesados con residencia permanente en Chile.

Con el propósito de estudiar los requisitos que deben cumplir los matrimonios solicitantes, analizaremos el artículo 32 que señala cuáles son los antecedentes que deben acompañarse a la solicitud de adopción, pues estos documentos deben ser acompañados por los interesados al momento de postular para ser ingresados al registro que lleva el Servicio Nacional de Menores de acuerdo al artículo 5. Es decir, al momento de postular como interesados, los matrimonios sin residencia permanente en nuestro país, deben enviar toda la documentación exigida por el artículo 32, documentación que es evaluada tanto jurídica como técnicamente por los profesionales del Servicio Nacional de Menores a fin de ingresar al matrimonio al registro del artículo 5 como interesados en la adopción, si de estas

evaluaciones se concluye que el matrimonio cuenta con las condiciones jurídicas, mentales, físicas y económicas idóneas.

Ahora bien, el artículo 32 señala “Los matrimonios no residentes en Chile, interesados en la adopción, deberán presentar con su solicitud de adopción, autenticados, autorizados y legalizados, según corresponda, y traducidos al castellano, los siguientes antecedentes:

1. Certificado de nacimiento de los solicitantes.”

La exigencia de éste requisito tiene por finalidad por una parte individualizar a los solicitantes y por otra, acreditar el cumplimiento de los requisitos de rango etario como de diferencia de edad de los solicitantes con el niño que se pretende adoptar.

“2. Certificado de matrimonio de los solicitantes.”

Con éste certificado se acredita el estado civil de los solicitantes, pues como ya señalamos, sólo pueden solicitar la adopción de un niño en Chile personas con residencia en nuestro país o matrimonios sin residencia en él.

“3. Copia íntegra de la inscripción de nacimiento de la persona que se pretende adoptar.”

Ello para individualizar cabalmente al niño de autos. Este documento se exige para la interposición de la solicitud de adopción ante el Tribunal, obviamente, no puede exigirse que los interesados provean dicho documento para ser considerados idóneos. Además es el Servicio Nacional de Menores quien realiza el enlace entre un niño y su familia adoptiva, teniendo en cuenta las necesidades especiales del niño y las características particulares de un matrimonio, procurando garantizar el Interés Superior del Niño. En otras palabras, no son los solicitantes lo que escogen al niño, es el Servicio Nacional de Menores quien escoge a una familia para un niño determinado.

“4. Copia autorizada de la resolución judicial que declara que el menor puede ser adoptado, dictada en virtud del artículo 8º, letras a) o c); o certificados que acrediten las circunstancias a que se refiere la letra b) del artículo 8º, en su caso.”

Los únicos niños que pueden ser adoptados, son aquellos que se encuentran en una de las situaciones previstas por la ley. De esta forma, si el niño que se pretende adoptar, se encuentra en una de las situaciones del artículo 8º, letras a) o c), ello debe ser acreditado acompañando a la solicitud una copia autorizada de la sentencia firme que así lo declara. Si el niño se encuentra en situación de ser adoptado de acuerdo a la letra b) del mismo artículo, esta situación debe ser acreditada por medio de los certificados que corresponda.

“5. Certificado expedido por el cónsul chileno de profesión u honorario, si lo hubiere, en que conste que los solicitantes cumplen con los requisitos para adoptar

según la ley de su país de residencia o, en su defecto, otro instrumento idóneo que permita al tribunal formarse esa convicción.”

Con ello se busca garantizar que las personas interesadas en adoptar, sean idóneas y que la razón por la que postulan a la adopción de un niño chileno no sea el hecho de que en su país de residencia no sean considerados aptos, pues si no son idóneos en él, en nuestro país tampoco lo son.

“6. Certificado de la autoridad de inmigración del país de residencia de los solicitantes en que consten los requisitos que el menor adoptado debe cumplir para ingresar en el mismo.”

La razón de ello es garantizar que una vez culminado satisfactoriamente tanto el proceso judicial como el administrativo de la adopción, el niño no tenga ningún inconveniente al tratar de ingresar al país de residencia de sus padres, que en definitiva se convertirá en su nuevo país de residencia.

“7. Certificado autorizado por el organismo gubernamental competente del país de residencia de los solicitantes, si lo hubiere o, en caso contrario, otro instrumento idóneo para formar la convicción del tribunal, en que conste la legislación vigente en aquel país en relación con la adopción así como acerca de la adquisición y pérdida de la nacionalidad del futuro adoptado.”

Con esto, el Tribunal sabrá cuales serán los efectos que la adopción tendrá en la práctica para el niño que se pretende adoptar y si cumplirá con los requisitos para adquirir la nacionalidad de sus padres. Así como también podrá comprobar el Tribunal si los solicitantes cumplen con los requisitos de su país de residencia para ser considerados idóneos para la adopción.

“8. Informe social favorable emitido por el organismo gubernamental o privado acreditado que corresponda del país de residencia de los solicitantes, si lo hubiere, o en su defecto, otros antecedentes que acrediten esta materia a satisfacción del tribunal.

9. Certificados que comprueben, a satisfacción del tribunal, la salud física y mental de los solicitantes, otorgados por profesionales competentes del país de residencia de los solicitantes.

10. Informe psicológico, otorgado por profesionales competentes del país de residencia de los solicitantes.

11. Antecedentes que acrediten la capacidad económica de los solicitantes.

12. Fotografías recientes de los solicitantes.

13. Tres cartas de honorabilidad de los solicitantes, otorgadas por autoridades o personas relevantes de la comunidad en su país de residencia.”

Estos últimos numerales, se establecen para acreditar la idoneidad del matrimonio interesado en la adopción con una fórmula similar a la utilizada en Chile para los interesados con residencia permanente en nuestro país, esto es por medio de la evaluación que profesionales competentes realicen a los interesados para avalar su situación social, su salud física y mental, sus capacidades psicológicas como así también las económicas. Estos antecedentes jugarían el rol de los informes realizados por profesionales externos al Servicio Nacional de Menores, para poder considerar a los interesados como idóneos para la adopción.

En definitiva, todos estos antecedentes sirven para que el Servicio Nacional de Menores ingrese a los interesados al registro de personas idóneas interesadas en la adopción que debe llevar de acuerdo al artículo 5 de la ley, existiendo dentro del registro de personas interesadas en la adopción dos partes, una donde se encuentran los interesados que cuentan con residencia permanente en el país y otra donde se ingresan los solicitantes sin residencia permanente en Chile. El Servicio Nacional de Menores, luego de analizar jurídica y técnicamente los antecedentes, que exige el artículo 32 de la ley, emite una carta de ingreso a dicho registro sólo en caso de que de dicho análisis se llegue a la conclusión que los interesados cumplen con los requisitos establecidos por la ley y, por supuesto, que del análisis técnico se desprenda que son personas idóneas, siendo de esta forma considerados como idóneos para la adopción desde el momento del ingreso a dicho registro.

Estos son los requisitos que deben cumplir las personas que deseen adoptar en nuestro país y que no cuenten con residencia permanente en Chile.

Habiendo ya estudiado los requisitos con los que deben contar los interesados en la adopción, sean matrimonios con o sin residencia permanente en Chile, o personas solteras, viudas o divorciadas, para ser considerados como idóneos para la adopción, hemos concluido la primera parte del camino que los interesados deben sortear, esto es, ser considerados idóneos. Luego de ello, comienza la espera de la asignación de un niño en particular. Este proceso puede ser más o menos largo, dependiendo de distintos factores, por ejemplo el estado civil, una persona soltera deberá esperar más que una casada; también influyen las preferencias que el interesado tenga, por ejemplo, si postula a la adopción de niños entre cero y dos años, la demanda es fuerte y la oferta poca, por lo que deberá esperar más que uno que no haya postulado sólo a dicho rango, por ejemplo que prefiera niños entre cero y cinco años.

Procedimiento de adopción propiamente tal.

En esta parte de nuestra exposición, estudiaremos el procedimiento de adopción propiamente tal. Para ello dividiremos nuestro estudio en los requisitos exigidos a personas

con y sin residencia permanente en nuestro país, siguiendo el esquema utilizado por la Ley 19.620, en cuyo Título III “*De la adopción*” se hace una división entre el párrafo primero “*De la constitución de la adopción por personas residentes en Chile*” y tu párrafo tercero “*De la constitución de la adopción por personas no residentes en Chile*”. Posteriormente analizaremos el proceso administrativo que los solicitantes con o sin residencia permanente en Chile deben seguir. De igual forma estudiaremos los efectos de la adopción.

i. Personas con residencia permanente en Chile.

a) Solicitantes que tienen el cuidado personal del niño que pretenden adoptar.

De acuerdo a la Ley 19.620, el juez ante el cual se siga una causa que persiga la declaración de que un niño se encuentra en situación de ser adoptado, puede confiar el cuidado personal del niño de autos a quienes manifiesten su voluntad de adoptarlo y cumplan con los requisitos de los artículos 20, 21 y 22. Para resolver esta solicitud, el juez citará a los interesados a audiencia para dentro de quinto día según lo dispone la ley. Sin embargo, cumplir con este plazo, en la práctica, no es posible, atendida la gran carga laboral de los Tribunales de Familia, pese a lo cual, se fija una fecha lo más próxima posible. A esta audiencia, los interesados deben concurrir con los antecedentes que avalen su petición. Por supuesto, este procedimiento, será reservado respecto de terceros distintos a los solicitantes.

La resolución que apruebe la solicitud de cuidado personal sólo producirá efecto, una vez ejecutoriada la sentencia que declare que el niño se encuentra en condiciones de ser adoptado. Sin embargo, por medio de una resolución fundada se puede autorizar el cumplimiento del cuidado personal a los solicitantes antes de que la sentencia se encuentre ejecutoriada en los siguientes casos:

- Cuando el procedimiento es una cesión voluntaria y se ha certificado el vencimiento del plazo de 30 días sin que se haya producido la retractación por parte de la madre, el padre o ambos, dependiendo de a quién se haya hecho parte en el proceso, no existiendo oposición en la causa.
- Cuando la causal invocada es del artículo 8 letra c) esto es susceptibilidad de adopción, y culminada la audiencia preparatoria, no se ha deducido oposición.

En estos casos, el juez debe informar a los solicitantes el estado de la causa y de la eventualidad de que, en definitiva, el niño no sea declarado en situación de ser adoptado.

Pese a que la ley otorga esta posibilidad, en la práctica, no se utiliza atendido el riesgo existente, por mínimo que sea, que, en definitiva, se deniegue la declaración de que el niño se encuentra en situación de ser adoptado y los interesados deban entregar al niño a su familia de origen. Lo usual es que una vez ejecutoriada la

sentencia, se presenten carpetas de matrimonios interesados en la adopción, de las cuales el Tribunal escoge a una, citando a audiencia de cuidado personal, autorizando el acercamiento entre el niño de autos y el matrimonio interesado. Este acercamiento es supervisado y orientado por el equipo técnico del hogar residencial donde se encuentre el niño. A la audiencia de cuidado personal deben presentarse los solicitantes con los antecedentes que avalen su petición.

Una vez que se les confiere el cuidado personal del niño, éste será causante de asignación familiar, y en esa calidad podrá acceder a los beneficios de las Leyes 18.469 y 18.933, esto es, que será considerado una carga de los solicitantes en su sistema de salud, ya sea que pertenezcan a FONASA o a alguna ISAPRE.

Sea que el cuidado personal del niño sea concedido antes o después de que se encuentre ejecutoriada la sentencia, una vez que ella se encuentre en este estado, los interesados pueden presentar al Tribunal la solicitud de adopción propiamente tal.

La solicitud, de acuerdo al artículo 23 inciso tercero de la Ley 19.620, debe ser acompañada por los siguientes antecedentes:

“... 1º Copia íntegra de la inscripción de nacimiento de la persona que se pretende adoptar.

2º Copia autorizada de la resolución judicial que declara que el menor puede ser adoptado, dictada en virtud del artículo 8º, letras a) o c); o certificados que acrediten las circunstancias a que se refiere la letra b) del artículo 8º, en su caso.

3º Informe de evaluación de idoneidad física, mental, psicológica y moral del o los solicitantes, emitido por alguna de las instituciones aludidas en el artículo 6º.”

Presentada la solicitud, el Tribunal verificará el cumplimiento de los requisitos legales, si estos se cumplen, la solicitud se acoge a tramitación. En la resolución que acoge la solicitud a tramitación, se ordenará que se traigan a la vista los antecedentes de la causa por medida de protección a favor del niño, como así también, la causa en la que se declaró al niño en situación de ser adoptado. Asimismo, se citará a los solicitantes a audiencia preparatoria a la que deberán llevar los antecedentes de idoneidad y los medios de prueba con que cuenten para acreditar que su solicitud busca garantizar el Interés Superior del Niño y que, en consecuencia, prueben los beneficios y ventajas que la adopción reportaría para el niño de autos. Esta audiencia, según la ley, debe fijarse para dentro de quinto día, lo que, como ya hemos expuesto, es imposible en la práctica. Si el niño de autos cuenta con edad suficiente, también debe ser citado al Tribunal para que sea oído en audiencia confidencial.

Iniciada la audiencia preparatoria, los solicitantes ratifican su solicitud de adopción. En esa audiencia se ofrece prueba que, de ser considerada suficiente por el Tribunal, se rendirá y si logra formar la convicción del juez en torno a las ventajas y beneficios que la adopción reporta para el niño de autos, la solicitud de adopción podrá resolverse en esta misma audiencia. Si la prueba ofrecida no es considerada suficiente, el Tribunal decretará las diligencias probatorias adicionales que estime necesarias, las que deberán ser presentadas en la audiencia de juicio, la que, de acuerdo a la ley, debe fijarse dentro de quinto día. Si a la fecha de la audiencia de juicio, existen diligencias no cumplidas, éstas se tendrán por no decretadas y el Tribunal dictará sentencia sin más trámite.

De acuerdo al artículo 24 inciso cuarto, el juez en cualquier etapa del procedimiento puede poner término al cuidado personal del niño de autos por los solicitantes, cuando así lo estime necesario para salvaguardar el Interés Superior del Niño. Cabe hacer presente que el cuidado personal cesa de pleno derecho en el caso que la solicitud de adopción sea denegada; de este cese se debe dejar constancia en la sentencia, en la cual se ordenará la entrega del niño a quien el Tribunal confíe su cuidado.

La sentencia y el proceso administrativo posterior, los estudiaremos conjuntamente con los solicitantes sin cuidado personal y sin residencia permanente en Chile.

b) Solicitantes sin el cuidado personal del niño.

En este caso, de acuerdo con el artículo 24, inciso tercero, los solicitantes deberán pedir el cuidado personal del niño de autos conjuntamente con la adopción. El juez verificará el cumplimiento de los requisitos legales establecidos en los artículos 20; 21 y 22 y acogerá a tramitación la solicitud, si cumple con dichos requisitos, ordenando traer a la vista las causas por medida de protección y aquella en la que se declara al niño de autos en situación de ser adoptado. El juez resuelve la petición de cuidado personal en la audiencia preparatoria, pudiendo disponer todas las diligencias que estime pertinentes para establecer la adaptación del niño a su futura familia. Generalmente, junto con acoger a tramitación la solicitud de adopción, autoriza el acercamiento entre el matrimonio interesado y el niño de autos, permitiendo visitas de los solicitantes al niño en su lugar de residencia, que generalmente será un hogar del Servicio Nacional de Menores, pudiendo además autorizar la salida del niño con los solicitante, en cuanto ésta sea aprobada como conveniente por el equipo técnico del hogar de residencia del niño.

En estos casos, generalmente, se cita a las partes a audiencia de juicio, no porque los antecedentes ofrecidos por las partes sean insuficientes para acreditar los

beneficios y ventajas que la adopción representa para el niño, sino que para dar tiempo a los miembros de la nueva familia a que se adapten entre sí, para que formen lazos que se transformen en un vínculo afectivo definitivo entre padres e hijo.

En cuanto al proceso, fuera de la salvedad ya vista, es el mismo que para las personas que ya tienen el cuidado personal del niño.

ii. Personas sin residencia permanente en Chile.

Lo primero que debemos señalar con respecto a las solicitudes de adopción por personas que no cuentan con residencia permanente en Chile, es que estas causas deben ser patrocinadas por el Servicio Nacional de Menores o por un organismo acreditado ante él.

Cuando no existen matrimonios con residencia permanente en Chile que estén interesados en la adopción de un niño en particular, ese niño puede ser postulado para la adopción internacional. Se realiza entonces la búsqueda, en el registro que, de acuerdo al artículo 5 de la Ley 19.620, debe llevar el Servicio Nacional de Menores, del matrimonio más adecuado para este niño en particular, tomando en cuenta las necesidades especiales de este niño, así como también las habilidades o destrezas con que cuenten los solicitantes. Una vez que se escoge un matrimonio para un niño en particular, se realiza una asignación oficial a los interesados o a las autoridades competentes del país de su residencia. Sobre esta asignación deben pronunciarse los interesados y, en su caso, la autoridad competente. Si la decisión es declinar de la asignación, deberán señalar los fundamentos de éste, y continuarán en el registro a la espera de otra asignación. En caso de aceptar la asignación, deberán otorgar su consentimiento de manera formal, luego de lo cual, se inicia el procedimiento de adopción propiamente tal, presentándose la solicitud ante el Tribunal competente, por una parte y por otra, se inicia el proceso de preparación del niño para la adopción, como para el momento en que conozca al matrimonio solicitante y para el hecho de que será adoptado por personas que no residen en nuestro país y que, por lo tanto, pronto vivirá en el extranjero.

La forma de iniciar el proceso, así como la tramitación de adopción propiamente tal por solicitantes sin residencia permanente en Chile es el mismo que para personas con residencia permanente en nuestro país, las únicas grandes diferencias son que estas causas deben ser patrocinadas por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él y los antecedentes que deben acompañarse a la solicitud.

Habiendo dicho esto, estudiaremos la presentación de la solicitud de adopción por personas sin residencia permanente en Chile. Esta es presentada por el Servicio Nacional de Menores o por el organismo acreditado ante él que esté patrocinando la causa ante el Juez de Familia con competencia en el domicilio del niño o de la persona o entidad a cuyo cuidado se encuentre, es decir, ya sea que el niño se encuentre en un hogar del Servicio

Nacional de Menores o al cuidado de un tercero, el juez competente es el que corresponda a dicho domicilio. Al ser presentada por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él, la identidad de los solicitantes puede acreditarse mediante un certificado otorgado por el consulado de Chile en el país respectivo, sujeto, en todo caso, a ratificación ante el Tribunal una vez que comparezcan personalmente los solicitantes conforme lo dispone el artículo 35 inciso primero de la Ley 19.620, esto es cuando el juez así lo determine, por lo menos una vez durante el proceso.

Como ya estudiamos, de acuerdo al artículo 32 de la Ley 19.620, a dicha solicitud, debemos acompañar una serie de documentos, los que deben ser autenticados, autorizados y legalizados según corresponda, siendo presentados, por supuesto, traducidos al castellano, en caso de haber sido emitidos en un idioma diferente.

“Artículo 32. – Los matrimonios no residentes en Chile, interesados en la adopción, deberán presentar con su solicitud de adopción, autenticados, autorizados y legalizado, según corresponda, y traducidos al castellano, los siguientes antecedentes:

- 1. Certificado de nacimiento de los solicitantes.*
- 2. Certificado de matrimonio de los solicitantes.*
- 3. Copia íntegra de la inscripción de nacimiento de la persona que se pretende adoptar.*
- 4. Copia autorizada de la resolución judicial que declara que el menor puede ser adoptado, dictada en virtud del artículo 8º, letras a) o c); o certificados que acrediten las circunstancias a que se refiere la letra b) del artículo 8º, en su caso.*
- 5. Certificado expedido por el cónsul chileno de profesión u honorario, si lo hubiere, en que conste que los solicitantes cumplen con los requisitos para adoptar según la ley de su país de residencia o, en su defecto, otro instrumento idóneo que permita al tribunal formarse esa convicción.*
- 6. Certificado de la autoridad de inmigración del país de residencia de los solicitantes en que consten los requisitos que el menor adoptado debe cumplir para ingresar en el mismo.*
- 7. Certificado autorizado por el organismo gubernamental competente del país de residencia de los solicitantes, si lo hubiere o, en caso contrario, otro instrumento idóneo para formar la convicción del tribunal, en que conste la legislación vigente en aquel país en relación con la adopción así como acerca de la adquisición y pérdida de la nacionalidad del futuro adoptado.*
- 8. Informe social favorable emitido por el organismo gubernamental o privado acreditado que corresponda del país de residencia de los solicitantes, si los hubiere, o en su defecto, otros antecedentes que acrediten esta materia a satisfacción del tribunal.*

9. *Certificados que comprueben a satisfacción del tribunal, la salud física y mental de los solicitantes, otorgados por profesionales competentes del país de residencia de los solicitantes.*
10. *Informe psicológico, otorgado por profesionales competentes del país de residencia de los solicitantes.*
11. *Antecedentes que acrediten la capacidad económica de los solicitantes.*
12. *Fotografías recientes de los solicitantes.*
13. *Tres cartas de honorabilidad de los solicitantes, otorgadas por autoridades y personas relevantes de la comunidad de su país de residencia.”*

Según el artículo 33 de la Ley 19.620, el Tribunal no acogerá a tramitación una solicitud de adopción por personas no residentes en Chile si no se acompañan a dicha solicitud los antecedentes señalados en el artículo 32 de la misma ley.

Como ya lo señalamos, pese a que la identidad de los solicitantes se encuentra acreditada mediante el certificado otorgado por el consulado de Chile en el país de residencia de los solicitantes, el artículo 35 de la Ley 19.620, en su inciso primero dispone que: *“Los solicitantes deberán comparecer personalmente ante el juez cuando éste lo estime necesario, lo que dispondrá a lo menos en una oportunidad durante el curso del proceso.”*

Así como en la tramitación de la adopción por personas que sí cuentan con residencia permanente en nuestro país, examinado el cumplimiento de los requisitos legales, se acoge la solicitud a tramitación y se ordena traer a la vista las causas por medida de protección y la que declara al niño en situación de ser adoptado, fijándose fecha y hora para la audiencia de preparatoria de juicio.

A pesar de que la ley expresamente autoriza en el artículo 19 la solicitud de cuidado personal durante la tramitación de la causa seguida para la declaración de que un niño se encuentra en situación de ser adoptado, en la generalidad de los casos, de acuerdo al artículo 24 de la Ley 19.620, se solicita el cuidado personal al momento de presentar la demanda de adopción propiamente tal. Esta solicitud de cuidado personal se resuelve en la audiencia preparatoria de juicio, pese a lo cual, habitualmente se autoriza desde ya al matrimonio a visitar al niño, donde éste se encuentre, ya sea en un hogar residencial del Servicio Nacional de Menores o en el domicilio de la persona a cuyo cuidado se encuentre el niño, visitas que propician un acercamiento entre el niño y sus futuros padres, proceso que es guiado y asistido por profesionales de la institución que patrocina la causa, esto es, del Servicio Nacional de Menores o del organismo acreditado ante él.

En la audiencia preparatoria de juicio se ratifica la solicitud y se ofrece la prueba. Si los solicitantes están presentes al momento de la audiencia preparatoria de juicio, y el Tribunal estima como suficientes las pruebas ofrecidas, recibirá la prueba y se resolverá la

causa. En caso contrario, se fijará fecha y hora para la audiencia de juicio, pudiendo decretar todas las diligencias de prueba que estime convenientes, resolviéndose en esta audiencia la solicitud de cuidado personal, pudiendo el Tribunal autorizar a que el niño viva con los solicitantes durante el transcurso del proceso. Si los solicitantes, no se encuentran presentes, existen dos posibilidades; que se suspenda la audiencia, en caso de que el Tribunal haya ordenado la comparecencia personal de los solicitantes a dicha audiencia, o bien que se lleve a cabo la audiencia preparatoria en la cual el Servicio Nacional de Menores o el organismo acreditado ante él que esté patrocinando la causa, ratificará la demanda y ofrecerá prueba, en caso de que el Tribunal no hubiese dispuesto la comparecencia personal de los solicitantes, en cuyo caso, se requerirá su comparecencia en la audiencia de juicio; ante esta situación, se resolverá en la audiencia de juicio la solicitud de cuidado personal.

iii. Sentencia Definitiva recaída en el procedimiento de Adopción propiamente tal.

Ahora que hemos visto la tramitación de la solicitud de adopción que deben seguir las personas con y sin residencia en Chile, estudiaremos la sentencia definitiva, que culmina este proceso judicial de adopción propiamente tal, haciendo presente previamente que la sentencia que se dicte en este proceso, sea que acoja o que deniegue la solicitud de adopción, es susceptible de recurso de apelación, recurso que gozará de preferencia para su vista y fallo, siguiendo la reglas de tramitación establecida para los incidentes.

De acuerdo al artículo 25, la sentencia se notificará por cédula a los solicitantes, en el domicilio que conste en el proceso, salvo que sea posible efectuar la notificación en forma personal en la audiencia respectiva. Por regla general, al momento de concluir la audiencia de juicio, el juez da un veredicto, en torno a acceder o denegar la solicitud, citando a las partes a lectura de sentencia para quinto día.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 26, las menciones que debe contener la sentencia que acoge la solicitud de adopción, son las siguientes:

“1. Que se oficie a la Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación y a cualquier otro organismo público o privado, solicitando el envío de la ficha individual del adoptado y de cualquier otro antecedente que permita su identificación, los que serán agregados al proceso.

2. Que se remitan los antecedentes a la Oficina del Registro Civil e Identificación del domicilio de los adoptantes, a fin de que se practique una nueva inscripción de nacimiento del adoptado como hijo de los adoptantes. Esta inscripción deberá practicarse a requerimiento de uno o ambos adoptantes o por un tercero a su nombre.

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 y entre éstos y los hijos de los adoptantes es muy pequeña, podrá establecer como fecha de nacimiento de 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.

La nueva inscripción de nacimiento del adoptado contendrá las indicaciones que señala el artículo 31 de la ley 4.808¹¹

- c) Que se cancele la antigua inscripción de nacimiento del adoptado, tomándose las medidas administrativas conducentes a mantener en reserva su anterior identidad.*
- d) Que se oficie al Servicio Nacional de Menores, si el adoptado o los adoptantes figuraren en los registros a que se refiere el artículo 5º, a fin de que proceda a eliminarlos de ellos.*
- e) Que se oficie, cuando corresponda, al Ministerio de Educación, a fin de que se eliminen del registro curricular los antecedentes relativos al menor de edad adoptado y se incorpore otro registro de acuerdo a la nueva identidad de éste.”*

De esta forma, lo que la sentencia que acoge la adopción ordena es:

1. Que se agreguen al proceso todos los antecedentes que se tengan de la antigua identidad del adoptado. Esto comprende, no solo la ficha individual del niño, sino también todo otro registro, como por ejemplo la o las causas seguidas a su favor en Medidas de Protección y la causa seguida para declararlo en condiciones de ser adoptado, que el juez ordenó tener a la vista al momento de acoger a tramitación la solicitud de adopción.
2. Cuando ordena que se remitan los antecedentes a la Oficina del Servicio de Registro Civil e Identificación del domicilio de los solicitantes, a fin de que se practique una

¹¹ El artículo 31 de la ley 4.808 señala, en lo pertinente: “Las partidas de nacimiento deberán contener, además de las indicaciones comunes a toda inscripción, las siguientes:

1º Hora, día, mes, año y lugar en que ocurrió el nacimiento;

2º El sexo del recién nacido;

3º El nombre y apellido del nacido, que indique la persona que requiere la inscripción; y

4º Los nombres, apellidos, nacionalidad, profesión u oficio y domicilio de los padres, o los del padre o la madre que le reconozca o haya reconocido. Se deja constancia de los nombres y apellidos de la madre, aunque no haya reconocimiento, cuando la declaración del requirente coincida con el comprobante del médico que haya asistido al parto, en lo concerniente a las identidades del nacido y de la mujer que lo dio a luz. ...”

nueva inscripción, se refiere al envío de las carpetas de las causas por medida de protección, la que declara que el niño está en condición de ser adoptado, como así también la causa de adopción propiamente tal, a la que fue agregada la ficha individual enviada por la Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación, así como los discos compactos que guarden el audio de las audiencias seguidas en dichas causas.

En caso de que los solicitantes sean personas sin residencia permanente en Chile, los antecedentes se envían a la Oficina del Servicio de Registro Civil e Identificación de Santiago.

Este numeral dispone que la nueva inscripción contendrá todas las indicaciones que señala el artículo 31 de la Ley 4.808, entre ellas, la más importante es la dice relación con los nombres y apellidos que en adelante tendrá el adoptado y la individualización de sus padres. Al momento de concluir la audiencia de juicio, el juez preguntará cuál es el nombre que desean que el niño tenga, para consignarlos en la sentencia.

En cuanto al cambio de fecha de nacimiento del niño, cuando ésta no cumpla con la diferencia de 270 días, cuando los solicitantes hubieren pedido expresamente que se aplique la reserva del artículo 28, debemos señalar que dicho artículo dispone que: *“Todas las tramitaciones, tanto judiciales como administrativas y la guarda de documentos a que dé lugar la adopción, serán reservadas, salvo que los interesados en su solicitud de adopción hayan requerido lo contrario. En este caso, la sentencia dejará constancia de ello y no será aplicable lo dispuesto en la parte primera de este artículo.*

No obstará a la reserva las certificaciones que pidan al tribunal los solicitantes, durante la tramitación del proceso, a fin de impetrar derechos que les correspondan o realizar actuaciones en beneficio del menor que tienen bajo su cuidado personal.”

3. Cuando se cancela la antigua inscripción, deben tomarse las medidas necesarias para mantener en reserva la antigua identidad del niño. Para ello, existe un registro especial donde se guardan todos los antecedentes de su proceso de adopción, así como también su antigua identidad. A través de la conservación de los antecedentes, la Ley de Adopción está garantizando el adoptado su derecho a la identidad pues si así lo desea, podrá conocer la verdad biológica de su origen.
4. El oficio que se envía al Servicio Nacional de Menores, para que elimine tanto al niño como a los adoptantes de los registros del artículo 5, si lo estuviere, debemos recordar que el hecho de no figurar en los registros de dicho artículo, no es un impedimento para ser adoptado, ni para adoptar, si se cumplen con los demás requisitos legales.

5. El oficio que se envía al Ministerio de Educación, para que elimine del registro curricular los antecedentes del niño y se incorpore uno de acuerdo a su nueva identidad, sólo tiene lugar cuando el niño se incorporó al sistema escolar, es decir cuenta con la edad necesaria para iniciar su educación formal, es decir, el niño entró a la escuela. En caso de la adopción de un recién nacido o de un niño de menos de dos años, es improcedente este oficio.

De esta forma culmina el proceso judicial de adopción, dándose inicio al proceso administrativo que lleva a cabo el Servicio de Registro Civil e Identificación, este servicio debe previamente enviar la ficha individual del niño a fin de que sea agregado a los autos. Una vez que el Tribunal haga llegar a la Oficina del Servicio de Registro Civil e Identificación del domicilio de los adoptantes el archivo que contiene todos los antecedentes, debe realizar la nueva inscripción de nacimiento del niño, como hijo de los adoptantes.

Una vez que la Oficina del Registro Civil, realiza la nueva inscripción, envía los antecedentes a la Dirección Nacional, la que, a su vez, los remitirá al Jefe del Archivo General del Servicio de Registro Civil e Identificación, quien los mantendrá bajo su custodia en una sección separada, de la cual sólo podrán salir por resolución judicial.

Concluidos los procesos judicial y administrativo, sólo se concederá copia de la sentencia o de los antecedentes de adopción a los adoptantes, el adoptado y de los ascendientes y descendientes de éstos. Es del caso hacer presente que de acuerdo al artículo 27 de la Ley 19.620 si el o los peticionarios no son los adoptantes, la autorización se concederá siempre previa citación de éstos, salvo que se acredite su fallecimiento. Señala a su vez que, para estos efectos, cualquier interesado mayor de edad y plenamente capaz que tenga antecedentes que le permitan presumir que fue adoptado podrá solicitar personalmente al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informe si su filiación tiene ese origen. De serlo, podrá solicitar al Tribunal autorización para conocer los antecedentes de su adopción.

Efectos de la adopción.

De acuerdo al artículo 37 de la Ley 19.620, inciso segundo, la adopción produce sus efectos legales desde la fecha de la inscripción de nacimiento ordenada por la sentencia que la constituye, la que, como ya estudiamos, se realiza en la Oficina del Servicio de Registro Civil e Identificación del domicilio de los adoptantes, y la inscripción se realiza a petición de uno o ambos adoptantes o por un tercero a su nombre.

“La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos por la ley, y extingue sus vínculos de

filiación de origen, para todos los efectos civiles, salvo los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en el artículo 5° de la Ley de Matrimonio Civil, los que subsistirán...”

Este artículo dispone que la adopción confiere al niño adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, obteniendo junto con dicho estado civil todos los derechos y obligaciones entre padres e hijos regulados en el Título IX del Libro I del Código Civil, así como también los contemplados en cualquier otro cuerpo legal atendido a que dicho artículo hacer referencia a los deberes y derechos establecidos por la Ley.

Del mismo modo establece que el vínculo filiativo de origen se extingue para todos los efectos civiles. Sin embargo, subsiste como impedimento relativo para contraer matrimonio. Cabe hacer presente que pese a que el artículo 37 de la Ley 19.620 hace referencia al artículo 5° de la Ley de Matrimonio Civil, entendemos que dicha cita alude al artículo 6° del mismo cuerpo legal, en atención que la actual Ley de Matrimonio Civil en el artículo 5° se refiere a los impedimentos dirimentes absolutos para contraer matrimonio, los cuales se aplican a todas las personas, siendo indiferente el origen de la filiación de éstas. Sin embargo, el artículo 6° hace mención a los impedimentos dirimentes relativos para contraer matrimonio. No es nuestra materia de estudio el matrimonio, por lo que haremos sólo un pequeño repaso de los impedimentos dirimentes relativos, siguiendo para ello, la doctrina del profesor René Ramos Pazos¹², quien sostiene que los impedimentos en la legislación chilena pueden ser de dos clases, impeditivos o dirimentes, que “*son los que obstan a la celebración del matrimonio, de tal suerte que si no se respetan, la sanción es la nulidad del vínculo matrimonial.*” Los que pueden ser “*absolutos si obstan al matrimonio con cualquier persona... y relativos si sólo impiden el matrimonio con determinadas personas.*” Al tratar los impedimentos dirimentes relativos, el primero en estudiarse es el parentesco, pese a que hace referencia al artículo 5, actualmente, la Ley 19.947 o Ley de Matrimonio Civil, trata el impedimento dirimente relativo “parentesco” en el artículo 6 de dicho cuerpo legal, disponiendo en “*No podrán contraer matrimonio entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad o por afinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado.*”

Los impedimentos para contraerlo derivados de la adopción se establecen por las leyes especiales que la regulan.” De esta forma, el artículo 37 de la Ley de Adopción establece que la adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, señalando así mismo, que extingue sus vínculos de filiación de origen para todos lo efectos

¹² René Ramos Pazos “*Derecho de Familia*”. Cuarta edición actualizada con la Ley N° 19.711 de 18 de enero de 2001 y la Ley N° 19.741 de 24 de julio de 2001, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003. Páginas 38 y siguientes.

civiles, salvo los impedimentos dirimentes relativos para contraer matrimonio, los que subsistirán.

Para evitar que el matrimonio entre estas personas se celebre, el mismo artículo 37 de la Ley 19.620 en la parte pertinente dispone: “...*cualquiera de los parientes biológicos que menciona dicha disposición podrán hacer presente el respectivo impedimento ante el Servicio de Registro Civil e Identificación desde la manifestación del matrimonio y hasta antes de la celebración, lo que dicho Servicio deberá verificar consultando el expediente de adopción.*”

La adopción es irrevocable, es decir que una vez que ella se declara y se hace la nueva inscripción de nacimiento, produce plenos efectos y los adoptantes pasan a ser los padres del niño. Pese a ello, el adoptado o un curador especial, puede pedir la nulidad de la adopción cuando ésta ha sido obtenida por medios ilícitos o fraudulentos. Esta acción de nulidad prescribe en un plazo de cuatro años desde que el adoptado alcanzada la plena capacidad haya tomado conocimiento del vicio que afecta a la adopción. El juez competente para conocer de la acción de nulidad de la adopción, es el juez con competencia en materia de familia del domicilio del adoptado, siguiendo el procedimiento ordinario contemplado en la Ley que crea los Tribunales de Familia.

CAPÍTULO II

La filiación por naturaleza

En Chile existe, a partir de la Ley 19.585, sólo una clase de hijos. Parecerá entonces contradictorio hablar de hijos de filiación por adopción o por naturaleza, así como de filiación matrimonial y no matrimonial, pues si bien todos ellos son hijos, la diferencia entre ellos radica en la forma en que se determina su filiación, así como también en la complejidad o simplicidad del vínculo entre el hijo y sus progenitores. En otras palabras, un hijo de filiación matrimonial tiene un vínculo que lo une a sus padres como conjunto y el hijo de filiación no matrimonial tendría un vínculo con su madre y otro independiente con su padre.

Las formas en que se determina la filiación son el parto, el reconocimiento, la sentencia judicial definitiva firme en juicio de filiación y la presunción. Cabe hacer presente que, a nuestro entender, estas formas de determinación de la filiación no son necesariamente excluyentes entre sí, así por ejemplo si es la madre del recién nacido quien se acerca a las oficinas del Registro Civil a requerir la inscripción de nacimiento de su hijo y al momento de solicitársele los datos de la madre ella entrega sus propios datos, los que concuerdan con los del certificado de atención de parto, esa maternidad estará siendo determinada tanto por parto como por reconocimiento. Del mismo modo si es el marido quien se presenta a requerir la inscripción del nacimiento del hijo de su mujer y al momento de solicitarle los datos del padre él proporciona sus propios datos, esa paternidad estará determinada tanto por presunción de paternidad como por reconocimiento. Una muestra clara de que las formas de determinación de la filiación no son necesariamente excluyentes entre sí la encontramos en el artículo 184 inciso tercero, que hace aplicable la presunción de paternidad si el nacimiento se produce después de trescientos días de declarada la separación judicial de los cónyuges si a petición de ambos se consignan los datos del marido como padre del recién nacido, con lo cual estarían presentándose tanto el reconocimiento a través de la solicitud del marido de que se consignent sus datos como padre y la presunción de paternidad por lo establecido en el artículo 184. A continuación analizaremos cada uno de ellos en particular.

1.- El Parto.

La forma en que generalmente se determina la maternidad es a través del hecho del parto. El artículo 183 del Código Civil señala en su inciso primero: *“La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz consten en las partidas del Registro Civil.”*

Lo primero que debemos hacer presente en este punto es que no debemos confundirnos entre el requerimiento de inscripción de nacimiento y la determinación de la filiación, pues a pesar de que pueden darse en un mismo instante, son cosas distintas.

Cualquier persona puede requerir la inscripción de un nacimiento, y el artículo 29 de la Ley Sobre Registro Civil enumera cuáles son las personas obligadas a requerir dicha inscripción. Cuando una persona se acerca a las oficinas del Servicio de Registro Civil e Identificación a requerir la inscripción de un nacimiento debe hacerlo con un certificado de atención de parto, que dé fe del real acaecimiento de dicho nacimiento. La exigencia del certificado, a nuestro entender, la podemos extraer del artículo 31 número 4° de la Ley Sobre Registro Civil, que señala las menciones que deben contener las partidas de nacimiento: *“Los nombres, apellidos, nacionalidad, profesión u oficio de los padres, o de los padre o madre que le reconozca o haya reconocido. Se dejará constancia de los nombres y apellidos de la madre, aunque no haya reconocimiento, cuando la declaración del requirente coincida con el comprobante del médico que haya asistido al parto, en lo concerniente a las identidades del nacido y de la mujer que lo dio a luz.”*. En consecuencia, podemos concluir que para requerir una inscripción de nacimiento, se requiere de un comprobante del médico que asistió el parto; de no existir dicho comprobante, a nuestro juicio, la única forma en que la filiación de ese niño se pueda determinar, es a través de sentencia judicial definitiva firme en juicio de reclamación de filiación, ordenando el juez, al momento de proveer la demanda, la inscripción del recién nacido en las partidas del Registro Civil, sin mención de sus progenitores, hasta que quien o quienes se arroguen la condición de madre, padre o ambos conjuntamente, prueben a satisfacción del Tribunal su condición de padres y sean reconocidos como tales en sentencia definitiva firme. En este caso, no cabría el reconocimiento, ya que la determinación de la filiación de ese niño es objeto de litigio, por lo que el Servicio de Registro Civil e Identificación no podría inscribir a ese niño como hijo de ninguna persona, salvo por orden judicial.

Volviendo a la generalidad de los casos, esto es, aquellos requerimientos que sí cuentan con certificado de atención de parto, requerida la inscripción, se realiza una partida de nacimiento, la cual deberá contener, de acuerdo a lo establecido en el artículo 29 de la Ley Sobre Registro Civil, además de las indicaciones comunes a toda inscripción:

1°. Hora, día, mes, año y lugar en que ocurrió el nacimiento;

2°. El sexo del recién nacido;

3°. El nombre y apellido del nacido, que indique la persona que requiere la inscripción;

y

4°. Los nombres, apellidos, nacionalidad, profesión u oficio de los padres, o de los de padre o madre que le reconozca o haya reconocido. Se dejará constancia de los

nombres y apellidos de la madre, aunque no haya reconocimiento, cuando la declaración del requirente coincida con el comprobante del médico que haya asistido al parto, en lo concerniente a las identidades del nacido y de la mujer que lo dio a luz.”

Es de esta forma, como de acuerdo a la exigencia del artículo 183 del Código Civil, el nacimiento, así como las identidades de la madre como del recién nacido constan en las partidas del Registro Civil, quedando la maternidad legalmente determinada por el hecho del parto.

2.- La Presunción de paternidad.

La determinación de paternidad a través de presunción, es exclusiva de la filiación matrimonial. El inciso primero del artículo 184 del Código Civil, señala: “*Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges.*” Por lo que sin matrimonio, no puede presumirse la paternidad.

Como ya señalamos, la presunción ampara a los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio de sus padres e incluye a los nacidos dentro de un plazo de trescientos días después de la disolución o separación judicial de sus padres. La presunción también alcanza a los niños nacidos fuera del plazo de trescientos días siguientes a la separación judicial si al inscribir el nacimiento del niño se consigna como padre al marido, a petición de ambos cónyuges.

En el caso de la filiación matrimonial adquirida, la determinación de la filiación no se produce por presunción, ya que al tiempo del nacimiento, no existía matrimonio entre los padres. Ese vínculo filiativo ya está legalmente determinado, sea por reconocimiento o por sentencia definitiva firme en juicio de filiación. En otras palabras, un niño adquiere una filiación matrimonial cuando, teniendo determinada su filiación tanto respecto de su madre como de su padre (sea por reconocimiento o por sentencia definitiva firme en juicio de filiación), sus padres contraen matrimonio. En este caso, el matrimonio de los padres no viene a determinar la filiación de ese hijo, si no a convertir sus vínculos filiativos, esto es el vínculo que lo une a su madre y el que lo une a su padre, en uno solo, que lo une a ambos como conjunto.

Por último la filiación matrimonial podrá también determinarse por sentencia definitiva firme dictada en juicio de filiación, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso final del artículo 185. En estos casos tampoco operará la presunción, pues los cónyuges deberán acreditar su condición de padres del niño que reclaman como su hijo o si el hijo demanda a ambos padres.

Queremos hacer presente que la presunción de paternidad es una presunción simplemente legal, esto es, que admite prueba en contrario, por lo que el marido no está obligado a hacerse responsable por los hijos de su mujer si sabe que no son suyos. Para ello puede, dentro del plazo de un año, interponer una acción de impugnación de paternidad, acción que analizaremos con mayor detalle cuando estudiemos la sentencia definitiva firme en juicio de filiación como forma de determinar la filiación.

Por último señalar que la presunción puede dejarse sin efecto a través de la acción de desconocimiento, la que procede cuando la mujer da a luz dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio y el marido desconocía el estado de preñez al momento de celebrar el matrimonio. Esta acción no es una acción de impugnación, ya que su finalidad no es destruir un vínculo filiativo ya determinado, sino que su objeto es dejar sin efecto la presunción, para poder así determinar si efectivamente se hijo es o no hijo del marido de la madre.

3.- El reconocimiento.

El profesor René Ramos Pazos distingue entre reconocimiento voluntario, expreso, espontáneo y reconocimiento voluntario tácito o presunto, señalando: *“Es reconocimiento voluntario expreso espontáneo el que se hace mediante una declaración formulada con ese determinado objeto por el padre, la madre o ambos, en alguno de los instrumentos que indica el artículo 187.*

Reconocimiento voluntario tácito o presunto. Es el que la ley colige del “hecho de consignarse el nombre del padre o de la madre, a petición de cualquiera de ellos, al momento de practicarse la inscripción de nacimiento del hijo...”. Trata de esta forma el reconocimiento el artículo 188 inciso 1º.”¹³

Las características de este reconocimiento son que es un acto jurídico, esto es: “Actos humanos consientes y voluntarios, destinados a producir un efecto jurídico predeterminado y querido por el autor.”¹⁴ La consecuencia jurídica buscada con el reconocimiento es establecer legalmente el vínculo filiativo. Es un acto jurídico unilateral, ya que para nacer a la vida del derecho sólo necesita la voluntad de su autor, pudiendo a su vez ser un acto jurídico unilateral subjetivamente simple cuando quien realiza el reconocimiento es la madre o el padre, o subjetivamente complejo, cuando el padre y la madre comparecen simultáneamente. Es un acto de familia, pues “tiende a regular intereses

¹³ René Ramos Pazos “Derecho de Familia” Tomo II Sexta edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 2007. Páginas 401 y 402.

¹⁴ Carlos Ducci Claro “Derecho Civil Parte General” Cuarta edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1995. Página 235.

ideales concernientes al estado o situación de las personas en el círculo de la familia.”¹⁵ Es un acto solemne “Actos solemnes o formales son aquellos para cuyo perfeccionamiento la ley o la voluntad de las partes exige que la declaración de voluntad se haga de una determinada forma.”¹⁶ En este caso, es la Ley la que establece las formas en las que la voluntad debe expresarse para que el reconocimiento tenga validez. Así, de acuerdo al artículo 187 del Código Civil las formas en que la declaración de voluntad debe realizarse son las siguientes: una manifestación de voluntad formulada ante el Oficial del Servicio de Registro Civil al momento de inscribir el nacimiento o en el acto del matrimonio de los padres; también puede consistir en un acta extendida ante un Oficial del Servicio de Registro Civil en cualquier momento; en una escritura pública o por medio de testamento. El reconocimiento es irrevocable, es decir que no puede dejarse sin efecto por la sola voluntad de su autor, así lo indica el artículo 189 en su inciso 2° al disponer, en lo pertinente: “El reconocimiento es irrevocable, aunque se contenga en un testamento revocado por otro acto testamentario posterior, ...”. Claramente el testamento solemne cerrado es una excepción a esta norma, no porque exista una disposición legal que así lo indique, si no que por la realidad de las cosas, no se puede hacer valer un reconocimiento del cual nadie tiene conocimiento, ya que el testamento solemne cerrado, como su nombre lo indica, se presenta ante el notario en un sobre cerrado, desconociéndose su contenido hasta el día de la apertura del mismo, una vez fallecido el causante, por lo que si un testador ha reconocido a un hijo a través de un testamento solemne cerrado y luego se arrepiente de dicho reconocimiento, cambia el contenido de su testamento sin que nadie sepa jamás de que ese reconocimiento existió. Es un acto jurídico puro y simple: “es aquel que en cuanto se perfecciona da nacimiento a un derecho, cuyo ejercicio puede ser inmediato y su duración indefinida. Sus efectos no están sujetos a alteración por circunstancia alguna ni cláusula particular. En otros términos, acto puro y simple es el no sujeto a modalidades”¹⁷ A su vez, modalidad es: “la estipulación consignada en un acto jurídico y dirigida a retardar o modificar los efectos que habría producido si hubiese sido puro y simple o extinguir los efectos en un momento dado.”¹⁸ Es un acto jurídico principal, esto es que “subsiste por sí mismo sin necesidad de otro.”¹⁹ Es un acto jurídico nominado o típico, esto es: “son aquellos que están configurados por la ley, es decir estructurados por ésta con caracteres peculiares.”²⁰ Podemos señalar que para que el reconocimiento quede perfecto, no se requiere ni de la notificación ni de la aceptación del hijo, sin perjuicio del derecho que tiene

¹⁵ Antonio Vodanovic H. “Manual de Derecho Civil” Tomo II Parte Preliminar y General. Editorial Lexis Nexis. Santiago 2006. Página 38.

¹⁶ Antonio Vodanovic H. ob. Cit. Página 41.

¹⁷ Antonio Vodanovic H. ob. Cit. Página 43.

¹⁸ Antonio Vodanovic H. ob. Cit. Página 43.

¹⁹ Antonio Vodanovic H. ob. Cit. Página 44.

²⁰ Antonio Vodanovic H. ob. Cit. Página 44.

todo hijo a repudiar el reconocimiento. Al no requerir notificación para su perfeccionamiento, podemos clasificar al reconocimiento como un acto jurídico no recepticio. Es el reconocimiento un acto declarativo pues no hace nacer un derecho nuevo o una situación jurídica nueva, sino que se limita a reconocer el derecho o la situación anterior, preexistente,²¹ ya que no es el reconocimiento el que crea el vínculo filiativo, sino que reconoce una situación preexistente puesto que la relación entre un niño y sus padres existe desde que el niño existe, la diferencia la encontramos en que este vínculo puede estar o no legalmente determinado. Es también un acto jurídico declarativo de fijación, esto es el acto a través del cual “las partes quieren precisar, o sea, hacer cierta, fijar, la situación jurídica preexistente, determinando la existencia, el contenido y los límites de una relación dada, o bien la inexistencia de ésta.”²² El reconocimiento constituye una forma extrajudicial de determinar la filiación. Si es sólo uno de los padres quien realiza el reconocimiento, no será obligado a señalar el nombre de la persona en quien o de quien tuvo ese hijo, según lo dispone el artículo 187 inciso 2º del Código Civil. Además es del caso hacer presente que al momento de efectuar el reconocimiento no se requiere que el autor explicita la intención de otorgar al reconocido los derechos que le corresponden como hijo. Por último, el autor del reconocimiento no tiene que probar verdad del vínculo entre él y la persona objeto de su reconocimiento.

¿Quién puede reconocer? Toda persona a quien la ley no declare incapaz. Son incapaces de realizar un reconocimiento, los absolutamente incapaces de acuerdo a las reglas generales de los actos jurídicos. En cuanto a los relativamente incapaces, el menor adulto es capaz de reconocer a un hijo, según lo dispone el artículo 262 del Código Civil. El disipador interdicto también puede reconocer a sus hijos, pues el reconocimiento no es un acto jurídico patrimonial.

Hacemos presente que el artículo 190 del Código Civil expresamente autoriza a que el reconocimiento se realice a través de mandatario, disponiendo eso sí que el mandato debe constar en escritura pública, y en ella se debe autorizar expresamente al mandatario para realizar el reconocimiento.

¿A quien se puede reconocer? Se puede reconocer a toda persona que no tenga una filiación incompatible con aquella que se pretende, es decir, que si la persona objeto del reconocimiento ya ha sido reconocida por un padre, otro padre no puede reconocerlo, lo mismo si ya está determinada su filiación respecto de su madre, otra mujer no podría reconocerlo como su hijo.

Un niño no puede ser objeto un reconocimiento incompatible con su filiación legalmente determinada, pero sí de uno compatible. Esto lo explicamos con un ejemplo.

²¹ Antonio Vodanovic H. ob. Cit. Página 46.

²² Antonio Vodanovic H. ob. Cit. Página 48.

Juan y María están casados hace dos años y María acaba de dar a luz a su primer hijo, Pedro. Juan y María se acercan a la oficina del Registro Civil a requerir la inscripción de nacimiento de su hijo con el certificado de atención de parto correspondiente. Al momento de realizarse la inscripción se incorporan los datos de la madre, para lo cual María proporciona sus datos, que coinciden con los del certificado, en este momento la maternidad de María respecto de Pedro queda determinada tanto por parto como por reconocimiento. Al momento de incorporar los datos del padre, Juan proporciona sus datos, quedando su paternidad respecto de Pedro determinada por presunción, por ser el marido de María, así como también por reconocimiento pues de acuerdo al 188 del Código Civil, el sólo hecho de haber consignado sus nombres como padre y madre ya es suficiente reconocimiento.

En cuanto al hijo fallecido, el artículo 193 del Código Civil expresamente autoriza a que sea objeto de reconocimiento.

Ahora bien, en lo que respecta al hijo concebido pero no nacido, hay autores, como el profesor René Ramos Pazos²³, que sostienen que es perfectamente posible reconocer a un concebido no nacido, pues este ser ya es persona desde el momento de la concepción. La filiación legalmente determinada retrotrae sus efectos a la época de la concepción, lo que sirve como fundamento para sostener la teoría anterior. Sin embargo, y pese a moralmente concordamos con que una persona es tal desde el momento de la concepción, el Código Civil es claro al señalar que la existencia legal de una persona comienza con el nacimiento si cumple con los requisitos del artículo 74. Pese a que el ordenamiento jurídico resguarda derechos de los concebidos no nacidos, pone como condición que el nacimiento realmente se produzca, por lo que no considera legalmente como persona al concebido no nacido. En consecuencia, a nuestro entender, no se puede reconocer a un concebido no nacido, ya que ese reconocimiento tendría que condicionarse a que en definitiva se produzca el nacimiento y como sabemos, el reconocimiento es un acto jurídico puro y simple, por lo que no puede sujetarse a condiciones, por lo que consideramos que no se puede reconocer a un concebido no nacido. Además de lo anterior el artículo 190 del Código Civil nos da un argumento de texto al señalar que se puede reconocer a un hijo a través de mandatario. Pues para la constitución de dicho mandato se requiere escritura pública, si se pudiese reconocer al concebido no nacido, dicha escritura pública sería suficiente reconocimiento, ya que, el artículo 187 del Código Civil, al enumerar las formas en que puede realizarse el reconocimiento, contempla en su número 3º la escritura pública como una de ellas.

¿Se puede dejar sin efecto el reconocimiento? Sí. El reconocimiento puede ser dejado sin efecto por una de las siguientes razones:

²³ René Ramos Pazos, ob cit., página 401.

- Por la declaración de nulidad del reconocimiento: Como todo acto jurídico, el reconocimiento también puede ser declarado nulo si se encuentra afectada por un vicio de nulidad. Pero a diferencia de los actos jurídicos en general, el artículo 202 del Código Civil, limita el plazo para alegar la nulidad basada en vicios de la voluntad de cuatro a un año contado desde la fecha de su otorgamiento, o en caso de que el vicio de la voluntad sea la fuerza, el plazo comienza a correr desde que cesa la fuerza.
- Por medio de la repudiación del reconocimiento: La repudiación es la manifestación de voluntad que formula el hijo, tendiente a dejar sin efecto el reconocimiento del que ha sido objeto. La repudiación debe cumplir con dos formalidades, una Ad Solemnitatem, esto es que debe efectuarse por medio de una escritura pública, otra, formalidad por vía de publicidad consistente en la subinscripción de dicho repudio al margen de la partida de nacimiento.

Los únicos titulares de esta repudiación son el hijo objeto del reconocimiento y los herederos de éste. El hijo puede repudiar mientras esté vivo; si es mayor de edad, cuenta con un plazo de un año desde que tomó conocimiento del reconocimiento; si es menor de edad tiene el mismo año, contado desde que alcanza la mayoría de edad. Si llegada la mayoría de edad, el hijo sigue siendo incapaz, hay que distinguir, si es incapaz por haber sido interdicto por disipación, es plenamente capaz de repudiar, si es incapaz por cualquier otra causa, puede repudiar por él, su representante legal, para lo cual requiere autorización de la justicia. En cuanto al repudio realizado por los herederos del hijo, éstos pueden repudiar dentro del plazo de un año contado desde que tomaron conocimiento del reconocimiento, o desde que cumplieron la mayoría de edad si el hijo era menor de edad al momento de fallecer; si el hijo fallece estando vigente el plazo para repudiar, sin que se haya pronunciado al respecto, los herederos contarán con el saldo del plazo contado desde el fallecimiento del hijo o bien desde que alcancen la mayoría de edad, si fuesen menores al tiempo del fallecimiento del hijo.

No puede repudiar el hijo que durante su mayoría de edad ha aceptado expresa o tácitamente el reconocimiento.

La repudiación impide que la filiación se determine legalmente, lo que opera retroactivamente, pese a lo cual se ha entendido que los alimentos percibidos de buena fe no deberán ser devueltos por el hijo que repudia el reconocimiento. Se priva al hijo y a sus descendientes de todos los beneficios establecidos exclusivamente en su favor. Todos los derechos adquiridos por los padres o por terceras personas no se ven alterados por esta repudiación, como tampoco se afectarán los actos o contratos válidamente ejecutados o celebrados

con anterioridad a la subinscripción de la repudiación al margen de la partida de nacimiento del hijo.

- Por sentencia definitiva firme en causa por reclamación e impugnación de filiación que declare una distinta a la determinada legalmente por reconocimiento. Nos detendremos brevemente en la sentencia a propósito de la determinación de filiación por medio de sentencia judicial.

4.- Sentencia definitiva firme recaída en juicio de filiación.

Esta forma de determinación de la filiación es la única que tiene cede judicial, pues como su nombre lo indica, consiste en la declaración que a través de una sentencia definitiva firme que pone fin a un juicio de filiación, realiza el juez de familia en torno a la paternidad, maternidad o ambas de un niño en particular.

Así, en cuanto a la sentencia definitiva firme como forma de determinación de la filiación, debemos estudiar las acciones de filiación, pues a través de su interposición lograremos una sentencia. Estudiaremos en consecuencia las acciones de reclamación y de impugnación de la filiación.

i. Acciones de reclamación

Lo primero que debemos decir es que a través de las acciones de reclamación, se pueden reclamar, valga la redundancia, tanto la filiación matrimonial como no matrimonial. Por supuesto, existen diferencias entre una y otra. Para reclamar filiación matrimonial, de acuerdo al artículo 204 del Código Civil, la legitimación activa sólo le corresponde al hijo, al padre o a la madre. Si es el hijo quien ejerce la acción reclamando filiación matrimonial, debe interponerla conjuntamente contra ambos padres. En caso que sean los padres quienes ejercen la acción, deben hacerlo conjuntamente, si es sólo uno de ellos quien lo hace, deberá el otro forzosamente intervenir, so pena de nulidad.

Ahora bien, si lo reclamado es la filiación no matrimonial, el artículo 205 del Código Civil señala que, la legitimación activa corresponde al hijo, para reclamar su filiación materna, paterna o ambas. El padre y la madre, también se encuentran legitimados activamente cuando el hijo de quien se alegan padre o madre, tiene determinada una filiación diversa. Para poder reclamar una maternidad o paternidad, existiendo ya una diferente legalmente determinada, es necesario interponer una acción de impugnación de filiación conjuntamente con la de reclamación, atendido que no se puede reclamar una filiación diferente a la ya determinada, sin dejar previamente sin efecto dicha determinación. Pese a que el legislador no lo menciona, creemos que están igualmente legitimados activamente para reclamar la filiación, el padre y/o la madre del niño cuyo nacimiento no se encuentra inscrito por no contar con certificado de atención de parto, pues

no se puede determinar la filiación de un niño que no se encuentra inscrito en las partidas del registro. De este modo, al proveer la demanda de reclamación, el juez ordenará la inscripción del nacimiento del niño en las partidas del Registro Civil, sin hacer mención a sus progenitores, hasta que el o los demandantes acrediten al Tribunal su condición de padres del recién nacido.

El mismo artículo 205 del Código Civil, en su inciso final sostiene que el representante legal del hijo incapaz puede interponer la acción de reclamación de filiación si es en el Interés Superior del Niño.

El artículo 206 del Código Civil, se refiere al hijo póstumo, o a aquel hijo cuyo padre o madre fallece dentro del plazo de ciento ochenta días siguientes a su nacimiento, disponiendo que en estos casos los legitimarios pasivos de la acción de reclamación serán los herederos del padre o madre fallecidos. La acción podrá interponerse dentro del plazo de tres años contados desde la muerte del progenitor fallecido, o si el hijo es incapaz, dicho plazo se cuenta desde que alcanza su plena capacidad. En caso de fallecer el hijo siendo incapaz, sus herederos podrán interponer la acción de reclamación, dentro del plazo de tres años desde la muerte del hijo. Ahora si el hijo ya había alcanzado la plena capacidad y fallece antes de expirar el plazo de tres años que tiene para interponer la acción de reclamación de paternidad, los herederos del hijo sólo contarán con el saldo del plazo que le restaba al hijo al momento de fallecer. El plazo completo o su saldo, comenzará a correr para los herederos incapaces una vez que alcancen su plena capacidad.

Es interesante mencionar que con fecha 29 de septiembre de 2009, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil a requerimiento del juez de familia de Pudahuel. El requirente sostiene que el artículo 206 atenta contra el derecho a la identidad de las personas en atención a que las personas no contempladas en las hipótesis del 206, no contarían con recursos procesales efectivos para reclamar su filiación, con lo que se estaría vulnerando el artículo 5 inciso segundo de la Constitución, que dispone que es deber los órganos del Estado promover y respetar el ejercicio de los derechos que emanan de la naturaleza humana, entendiendo que el derecho a la identidad queda incluido dentro esta clase de derechos y que está estrechamente ligado a la dignidad humana. Señala que además dicha norma atentaría contra del derecho de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 número 2 de la Carta Fundamental, ya que excluye a ciertas personas de la posibilidad de reclamar su filiación basándose sólo en la fecha de muerte de sus padres, es decir, sin que exista una razón válida para hacer dicha distinción. Inicialmente, el Tribunal se refiere a si el derecho a la identidad resulta lesionado por haberse aprobado por el legislador y eventualmente por aplicarse por el juez una norma que limita la posibilidad procesal de que una persona conozca su origen y, por ende, su posición dentro de la sociedad, resolviendo

que en efecto, que el artículo 206 del Código Civil resulta contrario al artículo 5° inciso segundo, de la Carta Fundamental, en relación con su artículo 1°, inciso segundo y así lo declara, esgrimiendo como fundamentos los siguientes:

1. Que en la doctrina especializada se observan distintos criterios:

a) Pizarro Wilson y Corral Talciani sostienen que efectivamente, el 206 limita la posibilidad de reclamar la filiación, prefiriendo el legislador resguardar el derecho de los herederos a no ser perturbados en su seguridad económica, en su derecho a la integridad psíquica por ver exhumados los restos mortales de su causante, así como su derecho a la armonía y a la paz familiar.

b) Ramos Pazos sostiene que:

- La regla dada por el artículo 205 en cuanto a que la acción le corresponde al hijo contra su padre o madre, parte sobre el supuesto de que ellos están vivos, si fallecen, se aplica el 1097, según el cual los herederos representan al causante.
- Cuando la ley ha querido impedir que se demande a los herederos, lo dice expresamente.
- El artículo 317 establece en términos muy amplios la legitimación de o en contra de los herederos.
- Privar a los hijos de demandar a los herederos del padre, no dice relación con el principio de libre investigación de la filiación, inspirador de la Ley de Filiación.
- La excepción que nos ofrece el artículo 206 es en cuanto al plazo para reclamar la filiación, que es de tres años. No está en que sólo en esos casos pueda demandarse a los herederos.
- El artículo 5 transitorio de la Ley de Filiación, señala que no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. A contrario sensu, si a la entrada en vigencia de la Ley de Filiación, el padre o madre se encontraba vivo, a su fallecimiento, se puede demandar a los herederos.
- Uno de los principios que fundamentan la Ley de Filiación, es el derecho a la identidad y para asegurar este derecho, la ley asegura una amplia investigación de maternidad y paternidad, y como el derecho a la identidad es un derecho humano tiene aplicación preferente.
- Que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en fallo de 12 de marzo de 1999, anuló una parte del artículo 95 del Código de Familia, estimando que el derecho a la identidad no puede tener limitaciones procesales que lo afecten en su esencia; y por consiguiente, la acción no puede caducar, ni aun después de la muerte del progenitor.

2. Que en la Ley de Filiación existe la necesidad de equilibrar dos criterios fundamentales que son el derecho a la búsqueda de la verdad por una parte y por otra, la preservación de la paz y la armonía familiar conclusión.
3. Que puede colegirse que la aplicación del artículo 206 se revela una antinomia constitucional, entendida como aquella situación en la que los supuestos de hecho descritos por las dos normas se superponen conceptualmente, de forma tal que al menos, siempre que pretendamos aplicar una de ellas nacerá el conflicto con la otra. Pudiendo sostener que si el artículo 206 del Código Civil ampara los derechos a la hora y a la integridad psíquica de los herederos, se estaría asegurando el cumplimiento de los derechos consagrados en los numerales 4º y 1º del artículo 19 de la Constitución y que por tanto la norma se apegaría a la Carta Fundamental. Sin embargo, esta interpretación podría implicar que se dejen sin efecto los derechos a la identidad y a la honra y a la integridad psíquica del demandante.
4. ¿Puede aplicarse la Jerarquización de los derechos?
5. Podría plantearse que una solución al conflicto sería privilegiar la acción del hijo contra los herederos son restricciones como las del 206 porque hay un número mayor de derechos comprometidos. Sin embargo esta solución no da plena aplicación al principio de concordancia práctica.
6. Habrá que tratar de armonizar los derechos. La eventual perturbación a la honra familiar o a la integridad psíquica de los herederos, se ve mitigada si la legislación permite que el accionar de mala fe pueda recibir castigo.

Además parece importante diferenciar entre el reclamo de la calidad de hijo y el que además pretende consolidar los efectos patrimoniales que de ello se derivan. Algunos autos han sostenido que puede estudiarse una reforma para hacer primar el derecho a la identidad, pero siempre que sea este interés el que se persiga por el demandante, sin que ello acarree efectos patrimoniales.
7. Que una interpretación armónica permite concluir que la calidad de herederos como legitimados pasivos permanentes y, en todo evento, en las acciones de reclamación de filiación, no conduce a la anulación total de sus derechos, sino que simplemente los restringe ya que la posibilidad de reclamar herencia siempre estará limitada por las reglas generales de prescripción y renuncia.
8. Que en la causa sub lite podría darse, si el juez considera que el actor está fuera de las hipótesis del 206 que el actor quedara siempre con la interrogante abierta acerca de su origen.
9. Que en la discusión de la norma, algunos senadores visualizaron la afectación al derecho a la identidad personal, planteando una indicación en orden a suprimir el requisito de que, en este caso, la muerte del padre o madre haya ocurrido dentro de los

ciento ochenta días siguientes al nacimiento, de forma que la acción pueda entablarse contra los herederos sin limitación.

10. El efecto útil. Desde este punto de vista, no corresponde acoger una interpretación que, restringe la posibilidad de obtener el reconocimiento de paternidad o maternidad sólo a los supuestos previstos en el artículo 206, pues se dejaría sin efecto el derecho a la identidad, dejando, en consecuencia, a la disposición sin un efecto útil.

En segundo lugar el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la posible vulneración que la aplicación del 206 del Código Civil produciría al derecho de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 número 2º de la Constitución. Para dilucidar si se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos ante una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, para luego examinar si tal diferencia tiene carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental. Es posible constatar que el artículo 206 introduce una diferencia entre la misma categoría de personas, que corresponde a aquellas que reclaman el reconocimiento de su filiación. Que comprobada la existencia de una desigualdad de trato, es necesario verificar si el fundamento de tal diferencia es razonable, ya que no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad. El examen de la Historia fidedigna de la ley, no nos da ningún fundamento objetivo y razonable para sustentar la distinción. Si se tratase de resguardar la paz y la armonía familiar de falsas imputaciones de paternidad, bastaba con introducir resguardos a ese tipo de demandas. Se resuelve en definitiva que la aplicación del 206 del Código Civil, resulta contrario al artículo al artículo 19 número 2º y así se declara.

Se resuelve que se acoge el requerimiento y se declara que el artículo 206 del Código Civil es inaplicable en la causa.

El fallo anterior no fue unánime, existieron ministros que se inclinaron por el rechazo del requerimiento, fundando su decisión en los siguientes argumentos:

1. El Tribunal Constitucional sólo está facultado para resolver ciertos conflictos, enunciados taxativamente en el artículo 93 de la Constitución.
2. Lo que busca el recurso de inaplicabilidad es evitar que se vulneren uno o más preceptos de la Constitución por aplicar un precepto legal a una gestión pendiente, no la aplicación incorrecta o abusiva. No corresponde transformar en conflicto constitucional los vacíos o las contradicciones de normas legales, si estas pueden ser solucionadas con una debida interpretación e integración.
3. En este caso hay un problema interpretativo a nivel legal. Existiendo dos tesis, la restrictiva, que sólo permite la interposición de la acción de reclamación en las hipótesis contempladas en el artículo 206 del Código Civil y la interpretación amplia

que sostiene que este artículo es una excepción, pues el código abre la posibilidad de demanda a otras situaciones.

4. Que para construir la inconstitucionalidad, el requerimiento opta por la tesis restrictiva.
5. Para construir la inconstitucionalidad, se ha debido descartar la tesis que permite la interposición de la demanda y que elimina los reprochas de infracción a la Constitución. Tomar dicha opción implica tomar partido en un conflicto a nivel legal, invadiendo las atribuciones de los Tribunales ordinarios. El que exista jurisprudencia resolviendo el conflicto sin recurrir a normas constitucionales demuestra que dicho conflicto es legal. No le corresponde al Tribunal constitucional definir una interpretación legal correcta, pues lo convertiría en un juez de casación.
6. Implica contradecir un principio imperativo al cual solo si se agotan las posibilidades de conciliar la norma impugnada con la Constitución debe declararse la inconstitucionalidad, pero si dicha posibilidad existe, tal declaración debe evitarse, por estar en juego la presunción de constitucionalidad de las normas legales.
7. Cita a distintos autores, como a García Enterría, refiriéndose al principio de presunción de Constitucionalidad.
8. Además el principio de interpretación conforme, que busca la interpretación de las normas que permita resolver, dentro de lo posible su conformidad con la Constitución. No cabe pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una norma, si ella admite, correctamente interpretada una lectura conforme a la Constitución.
9. Ambos principios son aplicables por lo que no cabe la declaración de inaplicabilidad.
10. Optar por la tesis restrictiva implica restringir la utilidad de la inaplicabilidad, pues con ello sólo se estaría eliminando un obstáculo interpretativo para que los jueces lleguen a la misma conclusión a la que llegarían si hiciesen un razonable esfuerzo de armonización.
11. La obligación de respeto y promoción de los derecho humanos, de los órganos del Estado deben cumplirla desde sus atribuciones. El artículo 5 inciso segundo de la Constitución no es una habilitación a que un órgano invocando derechos humanos invada la competencia de otro órgano.
12. No estamos en contra de la imprescriptibilidad de la acción de reclamación, pero esa es una decisión que corresponde al legislador.

En conclusión podemos decir que el Tribunal Constitucional declaró inaplicable por inconstitucionalidad al artículo 206 en cuanto vulnera el derecho a la identidad por dejar sin recursos procesales idóneos para la reclamación de la filiación y que además atenta contra el principio de igualdad ante la ley porque no existe razón válida alguna para dejar sin acción contra los herederos a los hijos cuyos padres fallecieron fuera del plazo de 180 días.

Debemos decir también que el voto disidente, está por negar la inaplicabilidad por cuanto considera que el 206 correctamente interpretado estaría conforme a la Constitución por posibilitar la acción contra los herederos por lo que este no sería un problema de constitucionalidad, sino de interpretación. Sin el ánimo de ser arrogantes, discordamos del voto disidente ya que a nuestro entender el sentido de la ley es claro al establecer sólo dos hipótesis en las cuales es posible reclamar en contra de los herederos la determinación de la filiación y cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, por lo que a nuestro entender la norma del artículo 206 es inconstitucional, por atentar contra el derecho a la identidad, como así mismo contra la igualdad ante la ley.

Volviendo a nuestro tema de estudio el artículo 210 del Código Civil, establece que el concubinato durante la época en que pudo producirse legalmente la concepción, de la madre con el supuesto padre, sirve de base para una presunción judicial de la paternidad. Pero si el supuesto padre prueba que la madre cohabitó durante esa misma época con otro hombre, no hará desechar la demanda por este sólo hecho, pero tampoco podrá dictarse sentencia definitiva sin emplazar a dicho hombre.

En síntesis, tenemos que al interponer una acción de reclamación, se puede solicitar al Tribunal tanto filiación matrimonial como no matrimonial. El hijo siempre puede reclamar su filiación, si es matrimonial, contra ambos padres y si es no matrimonial contra cualquiera de ellos o contra ambos. Si uno de los progenitores reclama filiación matrimonial, debe intervenir el otro forzosamente, so pena de nulidad. Cuando es no matrimonial, cualquiera de los padres puede interponer la acción por sí solo. El representante legal del hijo incapaz también puede reclamar la filiación de éste si es en el Interés Superior del Niño. La filiación también se puede reclamar contra los herederos del padre o madre fallecidos sometiéndose los temas patrimoniales a las reglas generales de prescripción y renuncia. En caso que se pretenda reclamar la paternidad, maternidad o ambas respecto de una persona que tiene determinada una distinta, la acción de reclamación debe interponerse conjuntamente con la de impugnación, de acuerdo al artículo 208 del Código Civil.

ii. Acción de impugnación.

Esta acción tiene por objeto dejar invalidar la filiación por dejar sin efecto ya sea la paternidad, la maternidad o ambas legalmente determinadas. Podemos encontrar acciones de impugnación puras, que son aquellas que sólo buscan dejar sin efectos un vínculo filiativo legalmente determinado y las acciones de impugnación complejas, que son aquellas que se interponen conjuntamente con una acción de reclamación de la filiación, y

que tienen por objeto dejar sin efecto un vínculo filiativo legalmente determinado para reemplazarlo por otro.

Nos enfocaremos inicialmente a dar una breve pincelada a la acción de impugnación pura, toda vez que estas reglas pierden validez al presentarse a la acción conjuntamente con la de reclamación ya que esta última traspasa su imprescriptibilidad a la acción de impugnación. Veremos que existen diferencias en cuanto a los requisitos, dependiendo si lo que se pretende impugnar es la maternidad o la paternidad y también por la forma en que se determinó dicho vínculo filiativo.

a) *Paternidad determinada por presunción:*

Como sabemos, cuando un niño nace dentro de un matrimonio, la ley presume que el padre de ese niño es el marido de la mujer que lo dio a luz, quedando determinada la paternidad de ese niño por presunción. En atención a que esta determinación es legal, para dejarla sin efecto, debe interponerse una acción de impugnación de paternidad cuando el marido no es el padre de ese niño. Por supuesto el primer legitimado activamente para la interposición de esta acción es el marido de la madre. Para ello, cuenta con un plazo de ciento ochenta días siguientes al día en que tuvo conocimiento del parto o un año si prueba que al momento del parto estaba separado de hecho de su mujer. En este punto el artículo 212 del Código Civil, nos provee de presunciones en cuanto al conocimiento del parto por parte del marido, disponiendo que si el marido vive en el mismo lugar que la mujer, se presume que tuvo conocimiento de inmediato, salvo que haya existido ocultamiento del parto por parte de la mujer. Se presume así mismo, que si el marido estaba ausente al momento del parto, tuvo conocimiento de éste inmediatamente después de su vuelta a la residencia de la mujer, salvo, que existiese ocultamiento del parto.

Los herederos del marido también son legitimados activos de esta acción cuando el marido fallece sin conocer el parto, o bien, si muere sin que haya vencido el plazo para impugnar la paternidad, para ejercer dicha acción contarán con el mismo plazo que el marido o con su residuo, si éste ya había comenzado a correr. Del mismo modo, están legitimadas todas aquellas personas a quienes la pretendida paternidad irroge un perjuicio actual. Sin embargo, si el marido reconoce al hijo por testamento o por instrumento público, estas personas pierden su legitimación.

El representante legal del hijo también puede impugnar, si es en el Interés Superior del Niño. Para esto cuenta con un plazo de un año contado desde el parto.

El hijo también puede ejercer la acción de impugnación, para lo cual cuenta con el plazo de un año luego de alcanzar su mayoría de edad.

En todos estos casos, como la filiación que se determinó y que en consecuencia se trata de impugnar es una filiación matrimonial, la mujer debe ser citada, pero no será obligada a comparecer.

b) Paternidad determinada por reconocimiento:

Si la paternidad fue determinada legalmente por reconocimiento, el primer legitimado activo es el hijo, para lo cual cuenta con un plazo de dos años desde que tuvo conocimiento del reconocimiento del que fue objeto. Si el hijo es incapaz, su representante legal puede interponer la acción de impugnación dentro del mismo plazo de dos años si, dejar sin efecto dicha paternidad obedece al Interés Superior del Niño. El mismo hijo que fue reconocido siendo incapaz, puede ejercer la acción de impugnación dentro del plazo de dos años contados desde que alcanza su mayoría de edad.

Si el hijo fallece sin tener conocimiento del reconocimiento del que fue objeto, o si fallece dentro del plazo para ejercer la acción, la acción corresponde a sus herederos, siempre, por el mismo plazo de dos años o bien por el término que faltare para completarlo, contado desde la muerte del hijo. El Código Civil nada nos dice sobre la forma en que los herederos deben actuar al momento de repudiar el reconocimiento, sin embargo, a nuestro entender, atendiendo a que el estado civil es indivisible, basta con que uno de ellos repudie conforme a derecho el reconocimiento, para que tenga efecto respecto de todos.

Todo esto también se aplica para impugnar la paternidad de los hijos que nacieron antes del matrimonio de sus padres, es decir que cuando la filiación es matrimonial adquirida, el plazo para impugnar la paternidad es de dos años, pero contados desde que el hijo tuvo conocimiento del matrimonio de sus padres o del reconocimiento del que fue objeto.

Todos los que tengan un interés actual en impugnar la paternidad determinada por reconocimiento, y que pueda probarlo, podrá impugnarla dentro del plazo de un año desde que tuvo el interés y pudo hacer valer su derecho.

c) Maternidad:

La maternidad sólo puede impugnarse por falso parto o por suplantación del pretendido hijo al verdadero.

Los legitimados activos para ejercer la acción de impugnación pura de la maternidad, son la supuesta madre, el marido de la supuesta madre, y el supuesto hijo. La supuesta madre y su marido cuentan con el plazo de un año, desde que se produce el nacimiento, para interponer la acción de impugnación. El supuesto hijo tiene también un año de plazo para ejercer la acción de impugnación, pero a diferencia de sus pretendidos padres, el plazo para el supuesto hijo comienza a correr desde que alcanza su plena capacidad.

Sin perjuicio de todo lo anterior, si con posterioridad al vencimiento de los plazos, aparecen hechos incompatibles con la maternidad putativa, puede subsistir o revivir la acción de impugnación por un año desde la revelación justificada del hecho.

Ahora, si junto con la acción de impugnación de la maternidad, se ejerce la acción de reclamación de la misma, la imprescriptibilidad de la acción de reclamación se transmite a la de impugnación, y por tanto podrá ejercerse en cualquier tiempo. Los legitimados activos de la acción de impugnación y reclamación son la verdadera madre, el verdadero padre y el verdadero hijo.

También están legitimados para impugnar la maternidad toda persona a quien la maternidad aparente perjudique actualmente en sus derechos sobre la sucesión testamentaria o abintestato de los supuestos padre o madre, siempre que no exista posesión notoria del estado civil. Para el ejercicio de esta acción, cuentan con el plazo de un año desde el fallecimiento de dicho padre o madre.

Por último deseamos hacer presente que el artículo 219 del Código Civil, dispone que nadie que haya tenido parte en el fraude de falso parto o de suplantación, aprovechará de manera alguna el descubrimiento del fraude, ni para ejercer la patria potestad, ni para exigir alimentos, ni para suceder por causa de muerte. Ordenando el mismo artículo que en la sentencia que sancione el fraude o la suplantación, se deberá declarar expresamente esta privación de derechos y se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

d) Maternidad y/o paternidad determinadas judicialmente:

Los vínculos filiativos determinados en sede judicial, es decir, la maternidad y/o paternidad determinadas a través de una sentencia definitiva firme en juicio de filiación, no puede ser impugnada, salvo lo dispuesto en el artículo 320 del Código Civil, esto es *“Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrán oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce.*

Las acciones que correspondan se ejercerán en conformidad con las reglas establecidas en el Título VIII y, en su caso, se notificará a las personas que hayan sido partes en el proceso anterior de determinación de la filiación.”

Es decir, que si una filiación se determina en sede judicial, no puede impugnarse, a menos que los verdaderos, padre, madre o hijo no hayan sido parte en el litigio en que se determinó la filiación y reclamen su condición ya sea de padre, madre o hijo, pues no les es oponible una sentencia de una causa de la cual no fueron parte.

Para aclarar este punto, daremos el siguiente ejemplo: Nacido Pedrito, Juan lo reconoce como su hijo. Diego, quien cree ser el padre de Pedrito interpone una acción de impugnación y reclamación, sin embargo, la prueba pericial biológica da un resultado

negativo a la paternidad alegada por Diego, en consecuencia, el Tribunal resuelve no hacer lugar a la demanda, pues al no ser Diego el padre del niño, Juan sigue siendo considerado legalmente el padre. Hasta aquí podríamos decir que la paternidad de Juan ya no puede impugnarse y estaríamos en lo correcto respecto de Diego, sin embargo debemos seguir con el ejemplo. José quien es el padre biológico, desconocía el nacimiento de Pedrito, al enterarse, saca cuentas y cree ser el padre del niño, e interpone la acción de impugnación y reclamación de paternidad, Juan podría alegar en la contestación de la demanda que su condición de padre no puede impugnarse por haber sido reconocida judicialmente, sin embargo el artículo 320, expresamente reconoce el derecho de José a reclamar la paternidad de Pedrito, ya que no puede oponerse un fallo pronunciado entre otras personas.

De esta forma ponemos término al estudio de las acciones de filiación y en consecuencia a la sentencia definitiva firme como forma de determinación de la filiación. Ahora bien ¿Qué ocurre si se puede probar la impugnación, pero no se puede probar la reclamación? Para evitar que niños que ya tienen determinada su filiación, dejen de tenerla, para conceder la impugnación, primero debe probarse la reclamación, concediéndose la impugnación, como consecuencia de la prueba de la veracidad de la reclamación.

Habiendo ya expuesto lo necesario en cuanto a la determinación natural de la filiación, analizaremos los principios sobre los que se sustentan tanto la Ley 19.620 como la 19.585 para poder descifrar sus diferencias y la forma en que algunos las contraponen para poder vulnerar los procedimientos de la Ley 19.620 haciéndose de niños de forma irregular.

PRINCIPIOS QUE FUNDAMENTAN LAS LEYES DE ADOPCIÓN Y FILIACIÓN

Antes de dividirnos en los principios que fundamentan una y otra ley, debemos detenernos en el supra-principio que funda ambas leyes, este es el principio del Interés Superior del Niño, consagrado no sólo en nuestra legislación concerniente estrictamente a los niños, como por ejemplo Convención Internacional de Derechos del Niño, suscrita por Chile con fecha 26 de enero de 1990 y publicada como ley de la República en septiembre del mismo año, la Ley de Adopción o la Ley de Filiación, sino en todas aquellas materias en que directa o indirectamente los intereses de los niños se encuentren en juego, como por ejemplo, la Ley de Matrimonio Civil, La Ley que crea los Tribunales de Familia, por nombrar algunos de los cuerpos legales que lo contemplan.

Atendida la gran cantidad de cuerpos legales que contemplan este principio, el Interés Superior del Niño es el espíritu tanto de la legislación como de las decisiones, sean administrativas o judiciales e incluso de instituciones públicas o privadas, que tengan que ver con los niños. Sin embargo, a pesar de la evidente relevancia de este principio, ninguno

de los cuerpos legales que lo consagra nos proporciona un concepto con el cual trabajar, pero no sólo nuestro legislador incurrió en esta omisión, ya que ni siquiera la Convención de Derechos del Niño, que es el tratado internacional con mayor ratificación en el mundo, nos soluciona el problema de no contar con un concepto concreto de lo que significa el Interés Superior del Niño.

Presentaremos a continuación algunas ideas entorno a un concepto de Interés Superior del Niño. En primer lugar, y siguiendo el planteamiento del profesor Mario Opazo González, en su publicación titulada “El principio del interés superior del menor en el derecho chileno”²⁴, diremos que a la hora de tomar una decisión que repercuta sobre un niño, siempre debe buscarse la situación que más lo favorezca, preferentemente en lo relativo a su vida futura. Con esto queremos decir que, obedeciendo el Interés Superior del Niño, lo que debe primar es el beneficio del hijo y su vida futura por sobre lo que, a este respecto, deseen, opinen, piensen o les convenga a los padres. De acuerdo al Profesor Opazo, pese a que no señala expresamente qué debe entenderse por Interés Superior del Niño, el artículo 222 del Código Civil, en su inciso 2º nos da una pauta, disposición que señala: “*La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.*” Podemos concluir de esta norma que el Interés Superior del Niño implica procurar la mayor realización espiritual y material de éste. Es precisamente éste el orden de prioridad, que deben tener las realizaciones de toda persona, no es al azar la redacción de la norma, pues debe primar el desarrollo espiritual de los niños por sobre el puramente material.

En segundo lugar expondremos el planteamiento que el profesor Miguel Cillero Bruñol, realiza en su artículo denominado “El interés superior del niño en el marco de la Convención de Derechos del Niño.”²⁵, en el cual plantea que la Convención de Derechos del Niño es el cuerpo normativo que por primera vez ofrece un catálogo de derechos de los niños, los que deben ser respetados y garantizados por los Estados. Es la efectiva protección y la garantía de ejercicio de estos derechos el Interés Superior del Niño, es decir, que lo que la Convención estaría planteando, es que el Interés Superior del Niño no es otra cosa que la plena satisfacción de los derechos consagrados en ella.

Además de ello, en el preámbulo de la Convención se reconoce que la base para la paz social es el reconocimiento de la dignidad humana y el respeto por los derechos y

²⁴ Mario Opazo González, “El interés superior del menor en el derecho chileno” Revista ENTHEOS, Facultad de Humanidades, Ciencias Jurídicas y Sociales Escuela de Derecho de la Universidad de las Américas, Volumen único septiembre 2005 N° 4, pág 21 y siguientes.

²⁵ Miguel Cillero “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre derechos del niño” artículo publicado en “Justicia y derechos del niño” N°1 Primera edición. Impresión a cargo de Nueva América Impresiones. Santiago 1999, pág 45 y siguientes. Además de estar disponible en www.unicef.cl

libertades individuales, sin distinción de ninguna clase. Que la familia como núcleo fundamental de la sociedad, siendo el medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros, debe recibir protección especial. Reconoce que para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de un niño, éste debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Considera que para que el niño se encuentre preparado para la vida independiente en sociedad, debe ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad. El niño, en consecuencia debe ser considerado como un individuo, un sujeto de derechos, con las mismas libertades, derechos y dignidad de un adulto. El niño es un sujeto de derechos autónomo, distinto de sus padres y de los derechos de éstos. Es más, en caso de ser necesario, en atención al Interés Superior del Niño, estos derechos, pueden incluso ser ejercidos en contra de los padres, cuando son estos quienes vulneran los derechos de los que es titular su hijo.

Atendida la amplitud de derechos consagrados en la Convención, en la realidad puede suceder que algunos de estos derechos se encuentren en conflicto, como por ejemplo: el derecho a la vida y el derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos se encontrarían en conflicto cuando los padres maltratan a sus hijos o son negligentes en su cuidado; o el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo y el derecho a no ser explotado en ninguna forma se encontrarían en conflicto cuando los padres o personas que tienen al niño a su cargo lo explotan para que genere dinero y poder costear así los gastos de casa e insumos básicos. El principio de Interés Superior del Niño permite resolver estos conflictos de derecho ponderando los derechos del niño en conflicto, es decir que si en la realidad nos encontramos con que dos derechos, igualmente consagrados, se encuentran en conflicto, debemos ponderar cuál de ellos debe primar por sobre el otro y en definitiva satisfacerse.

Volviendo a los ejemplos ofrecidos, en caso de que la vida de un niño se encuentre en riesgo al ser víctima de malos tratos o de un cuidado negligente, por supuesto que debe primar el derecho a la vida del niño y ser separado de su medio familiar. En el segundo caso, en cambio, estamos frente a un niño que se encuentra siendo víctima de explotación por alegar sus padres o cuidadores que si el niño no trabaja, pide limosna o realiza la actividad que se le encomienda, no podría garantizársele un nivel de vida adecuado para su desarrollo, en este caso el conflicto alegado no es tal, pues es el Estado el responsable de asistir a ese niño, separándolo de su medio familiar, poniéndolo en un Hogar de Protección, satisfaciendo así tanto su derecho a un nivel de vida adecuado, pues en dicho Hogar contará con vivienda, alimentación, educación etc., así como también se verá satisfecho su derecho a no ser explotado en ninguna forma.

¿Quién determina que derecho debe primar sobre cuál? ¿Cómo saber cuándo se está satisfaciendo el Interés Superior del Niño? En algunos casos de conflicto de derechos, es la propia Convención la que nos da un orden de prelación de derechos, luego de lo cual lo relativiza señalando “a menos que el Interés Superior del Niño sugiera algo diferente.” Con esta afirmación la Convención relativiza su orden de prelación de derechos, abriendo la posibilidad de estudiar el caso particular con las diversas circunstancias que pueda presentar. Pero ¿Quién es el llamado a determinar qué derecho debe primar? O ¿Cuándo se puede o debe dejar de satisfacer un derecho invocando la satisfacción de otro considerado más importante? Creemos que la única vía válida para resolver un conflicto de derechos consagrados por la Convención es la vía judicial, es decir, que el caso particular de un niño a quien se considera que dos o más de sus derechos no se encuentran satisfechos y se alega que estos están en conflicto entre sí, por lo que no se puede satisfacer ambos, debe acudir a Tribunales, donde un juez dirimirá si en efecto los derechos están o no siendo satisfechos y si efectivamente éstos derechos se encuentran en conflicto, y existiendo el conflicto determinará cuál de estos derechos deberá primar, ordenando las medidas pertinentes para garantizar su satisfacción.

Teniendo presente entonces, las dos teorías anteriores, nos aventuraremos a sostener que el Interés Superior del Niño es el canon a través del cual se busca favorecer al niño, buscando su máxima realización espiritual y material, mediante la protección efectiva del ejercicio de los derechos que se establecen a su favor.

Principios en los que se funda la Ley de Filiación

Ahora bien, en cuanto a la Ley 19.585 o “Ley de Filiación” los derechos del niño que actúan como principios base, además, por supuesto del principio de Interés Superior del Niño, son el derecho de igualdad y el derecho a la identidad y la libre investigación de la paternidad y la maternidad.

Al primer derecho que nos referiremos es al derecho a la igualdad. La Ley de Filiación viene a salvar a la legislación chilena de una de las más evidentes contravenciones a las Convenciones de Derechos Humanos y a la Convención de Derechos del Niño ratificadas por Chile, ya que en el preámbulo de la Convención de Derechos del Niño, se declara lo siguiente: *“Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”* Y contraviniendo hasta la propia Constitución Política de la Republica, que en su artículo 1º antes de la Ley 19.611 y de la ley 19.585, disponía “Los

hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” La Ley 19.611, modificó las palabras “los hombres” por “las personas”. Pero ni siquiera los hombres nacían iguales ni en dignidad ni derechos, ya que si bien no existían esclavos en Chile, sí existía una estructura de filiación en la que la circunstancia concluyente para determinar los derechos, tanto patrimoniales como extra patrimoniales, del hijo era si existía o no matrimonio entre sus padres al momento de su nacimiento. Antes de la Ley 19.585, existían en Chile hijos legítimos e ilegítimos. Dentro de los ilegítimos, se encontraban los simplemente ilegítimos y los naturales, teniendo cada uno de ellos distintos derechos, y no sólo económicos, ya que con la antigua legislación podía afirmarse que los hijos naturales no tenían abuelos. Sólo los hijos legítimos, menores no emancipados, podían estar sujetos a patria potestad. En cuanto a los alimentos, los hijos legítimos tenían derecho a pedir alimentos respecto de sus padres, y si ellos no contaban con los medios suficientes, podían también pedir alimentos a sus abuelos; los ilegítimos no. Es más el monto de los alimentos que los hijos legítimos e ilegítimos podían pedir a sus padres también era distinto. En materia sucesoria, también se hacía diferencia en cuanto a la condición en que nace un hijo, existiendo la sucesión irregular; sólo los hijos legítimos eran cabeza de orden sucesorio; la cuantía de sus asignaciones era diferente; sólo los hijos legítimos pueden representar a los padres en la sucesión de los abuelos; sólo los hijos legítimos son asignatarios de cuarta de mejoras. En efecto, a todas estas diferencias discriminatorias, en razón del nacimiento de una persona, dentro o fuera del matrimonio de sus progenitores, pone fin la Ley 19.585, partiendo por igualar a los hijos en su denominación: “hijos”, eliminando las denominaciones y por supuesto las categorías de legítimos, ilegítimos y naturales. En cuanto al parentesco, una vez que el hijo tiene determinada su filiación, adquiere parentesco con toda la familia extensa, no sólo con su padre o madre. En materia de alimentos, se igualan los derechos, tanto en la cuantía de los alimentos que pueden demandarse de los ascendientes, terminando con la distinción entre alimentos congruos y necesarios, como de los obligados al pago de alimentos, pues, al determinarse la filiación, se crean vínculos de parentesco con toda la familia del padre o la madre, por lo que se puede demandar de alimentos, cuando los bienes de los padres no son suficientes, a los abuelos de ambas ramas, tanto materna como paterna. Ahora todos los hijos menores no emancipados están sujetos a la patria potestad de sus padres. En materia de sucesión, todos los hijos tienen iguales derechos, los que en conjunto son menores a los que tenían los hijos legítimos, pues como medio para proteger a la familia, se mejoró la situación del cónyuge sobreviviente. Hoy todos los hijos son iguales en la sucesión, teniendo tanto los mismos derechos como la misma porción o cuota hereditaria, todos pertenecen al mismo orden sucesorio, todos pueden representar a su padre o madre en la sucesión de sus abuelos o tíos, estando incluidos todos como asignatarios de una posible cuarta de mejoras.

Podría prestarse a confusión el hecho de que la Ley 19.585, conserve las categorías de filiación matrimonial y no matrimonial, sin embargo, dicha distinción no dice ninguna relación con el trato del hijo o los efectos de la filiación, sea en los derechos o los deberes, sea de los padres para con los hijos o de los hijos para con los padres, de acuerdo al artículo 33 del Código Civil. Esta diferencia está sólo para efectos de la determinación de la filiación, ya que la presunción, como forma de determinar la filiación, sólo se presenta existiendo matrimonio entre los padres, además de la existencia acciones residuales como por ejemplo la acción de desconocimiento.

Otra forma en que la Ley 19.585 consagra la igualdad de los hijos, es consagrando la libertad de investigación, tanto de la paternidad como de la maternidad. Pese a que se discutió mucho sobre si debía o no consagrarse esta libertad, pues algunos consideraban que era atentatorio contra la armonía familiar, toda vez que podría ocasionar gravísimos problemas cuando se demandara injustificadamente la paternidad respecto de un hijo cuando el padre es casado con una mujer distinta a la madre del niño que demanda la determinación de su paternidad. Pese a ello, se consideró que entre el derecho del niño a conocer a sus padres, determinar su filiación y en consecuencia su identidad, y gozar de todos los derechos que como hijo le corresponden, era más importante y en consecuencia debía primar sobre el derecho a la armonía familiar.

Trataremos ahora el derecho a la identidad. La identidad es lo más íntimo y propio que tiene cada ser humano, a través de ella, podemos definirnos a nosotros mismos, presentándonos como individuos únicos e irrepetibles. Sin embargo nuestra tarea no es referirnos a la identidad desde la perspectiva psicológica, sino desde el punto de vista jurídico, cuyos elementos más relevantes son el nombre, comprendiendo en él tanto el nombre de pila como los apellidos; la nacionalidad y las relaciones familiares. Pero estos elementos no son los únicos de la identidad desde el punto de vista jurídico, tenemos otros elementos como por ejemplo la fecha de nacimiento, el lugar de nacimiento, así como las relaciones étnicas y culturales, haciendo presente que nuestra enumeración no pretende tener la arrogancia de alzarse como taxativa ni mucho menos como indiscutible o absoluta.

Podemos definir el nombre como *“la designación que sirve para individualizar a una persona en vida social y jurídica.”*²⁶ El nombre está compuesto por el nombre patronímico o de familia y por el nombre propio, individual o de pila. El nombre de pila tiene como función individualizar a una persona dentro de su grupo familiar, en otras palabras sirve para identificar a una persona específica dentro de su familia. En cuanto al apellido, éste es un elemento familiar, pues señala o identifica a los individuos que pertenecen a un grupo familiar determinado²⁷. Para escoger el nombre de pila de un hijo,

²⁶ Carlos Ducci Claro, ob cit. Página 119.

²⁷ Carlos Ducci Claro, ob cit. Páginas 119 y 120.

los padres cuentan con gran libertad, las únicas limitaciones que la ley impone a los padres es que el nombre no sea extravagante, ridículo, impropio de persona, equívoco respecto del sexo o contrario al buen lenguaje. En cuanto a la determinación del apellido hay que distinguir si la persona tiene determinada su filiación, caso en el que al nombre de pila se le agregan el apellido del padre y de la madre. Cuando la filiación tiene su origen en la adopción, en la sentencia que la concede, se contempla el nuevo nombre que tendrá el niño, cambiando los apellidos por los de los adoptantes y el cambio de nombre propio dependerá de los adoptantes, pudiendo permanecer igual. Cuando la sentencia tiene el carácter de firme, comienza el proceso administrativo, dentro del cual se realiza una nueva inscripción de nacimiento, donde el adoptado se inscribe como hijo de los adoptantes con los apellidos de éstos y el nombre consignado en la sentencia. Cuando la filiación de un niño no está determinada, en nuestro país, éste igualmente debe ser inscrito, otorgándosele el nombre que designe la persona que requiere la inscripción.

Las relaciones de familia son otro elemento de la identidad. No sólo por las características genéticas que los lazos sanguíneos puedan darnos, sino también por los valores y principios, por las formas de enfrentar la vida y hasta de percibirnos a nosotros mismos.

Además, a través de nuestras relaciones familiares, nos hacemos parte también de un grupo étnico y de una cultura determinada.

La nacionalidad es otro de los elementos de la identidad y *“es el vínculo jurídico que une a un individuo con un Estado determinado.”*²⁸ dándole la calidad de miembro de éste. La determinación de la nacionalidad da lugar a una serie de derechos y deberes recíprocos entre el Estado y el individuo, como por ejemplo sufragar, hacer el servicio militar, pagar contribuciones, dar asilo o amparo diplomático. La existencia de un vínculo jurídico entre un Estado y un individuo, permite a ese individuo pertenecer a una identidad nacional y cultural, compartiendo con los otros nacionales del mismo Estado dicha identidad, cultura e historia.

Principios que fundamentan la Ley de Adopción

En cuanto a los principios en los que se basa la Ley de Adopción, ésta se basa principalmente en el Interés Superior del Niño, pero además de ello el derecho de todo niño a desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales; reconociendo que la familia es el grupo social ideal para el desarrollo de todo ser humano. También consagra la subsidiariedad de la adopción.

²⁸ Carlos Ducci Claro, ob cit, página 124.

En la Ley de Adopción, lo que se pretende lograr es conseguir una familia apropiada a un niño que carece de ella, lo pretendido no es otorgar niños a matrimonio que no pueden tener hijos. Sin desconocer el desarrollo emocional que las personas pueden obtener por el hecho de convertirse en padres, un ser humano no se ve ni remotamente disminuido, ni vulnerado por no tener hijos, en cambio para un niño, es muy importante contar con un medio familiar que le brinde afecto y satisfaga sus necesidades, sea ésta su familia de origen o una adoptiva, no sólo para la satisfacción de sus necesidades materiales y emocionales, sino también para su desarrollo cognitivo ya que una deficiente estimulación a edad temprana merma efectiva y significativamente el desarrollo intelectual de todo ser humano.

Este derecho a desarrollarse en el seno de una familia “adecuada”, como denominaremos en adelante a aquella capaz de brindarle al niño el afecto y los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, no sólo está consagrado en el artículo primero de la ley de adopción, sino también en el preámbulo de la Convención de Derechos del Niño.

Otro derecho o más bien un principio consagrado en la Ley de Adopción es el de la subsidiariedad de la adopción. Este derecho se extrae del mismo artículo primero al señalar: *“La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen.”* Es precisamente en esta última parte en que se consagra la subsidiariedad de la adopción, al señalar que todo el proceso se presenta cuando la familia de origen no pueda proveer al niño el afecto y los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades.

Este principio se ve reflejado en los esfuerzos que deben hacerse para que, de ser posible, permanezca en el seno de su familia de origen. Estos esfuerzos van desde los planes de trabajo presentados por los Hogares de Protección para el egreso de los niños con su familia de origen, sea con sus padres o con la familia extendida, hasta el emplazamiento que en el procedimiento previo a la adopción se hace a los ascendientes y consanguíneos de los niños que se pretende declarar en situación de ser adoptados, a fin de que expongan al Tribunal lo que estimen conveniente a sus intereses, sea que se opongan a la declaración de adaptabilidad, solicitando al Tribunal se les entregue el cuidado personal del niño, o que se allane a la solicitud. De esta forma, sólo una vez que el Tribunal determina, a través de la sentencia definitiva, que no existe la posibilidad de que el niño permanezca en su familia de origen, sea porque se allanaron a la solicitud de declaración de que el niño está en situación de ser adoptado, o bien, oponiéndose a dicha declaración, no demostraron estar en

condiciones de ofrecer al niño ni el afecto ni los cuidados necesarios para la satisfacción de sus necesidades espirituales ni materiales.

Pese a que el Interés Superior del Niño, la subsidiariedad de la adopción y el derecho a desarrollarse en el seno de una familia son los principales derechos en los que se fundamenta la Ley de Adopción, no podemos dejar de mencionar otros que, sin ser fundamentales, no dejan de ser importantes, como por ejemplo el principio de la inseparabilidad de los hermanos; la conservación de la verdad biológica; la reserva relativa del proceso, así como también la preferencia por familias matrimoniales, por sobre las otras, así como las familias con residencia permanente en Chile, por sobre los matrimonios que no cuentan con ella. En torno a estos principios sólo haremos algunos comentarios sobre los dos primeros ya que los demás se explican por sí mismos.

La inseparabilidad de los hermanos, como su nombre lo indica, consiste en preferir, para los hermanos que han sido declarados en situación de ser adoptados, familias que los adopten conjuntamente. Los niños que han sido arrancados de sus familias, pero que cuentan con hermanos que han vivido el mismo proceso que ellos, se aferran entre sí como su única y verdadera familia mientras se encuentran en los hogares de protección, es por ello que conceder la adopción de un hermano, dejando al otro, sea en el hogar, a la espera de otra familia o bien en otra familia adoptiva, implicaría volver a romper los lazos afectivos que ese niño logró afianzar, pero esta vez, estaríamos rompiendo un lazo, que a diferencia del que lo unía con los adultos, no era nocivo para el niño, sino que muy por el contrario, era el único vínculo estable en su vida. Es por ello que cuando existen hermanos que se encuentran en situación de ser adoptados, se buscan familias dispuestas a adoptar hermanos.

En cuanto al principio de conservación de la verdad biológica, la Ley de Adopción resguarda la identidad biológica de los adoptados en un archivo especial del Servicio de Registro Civil e Identificación, donde se guardan todos los antecedentes de la vida del adoptado, anterior a la adopción, esto es, el proceso por medida de protección si existe, y los procedimientos previos de adopción y de adopción propiamente tal. Son los procedimientos por medidas de protección y el procedimiento previo de adopción, los que pueden aportar más datos de la familia de origen, pues es en ellos, donde se emplaza a la familia de origen a que se haga parte, por lo que podremos extraer por lo menos nombres, o quizás algún viejo domicilio que acerque al niño adoptado a su familia de origen y a su identidad biológica.

De esta manera, la Ley de Adopción garantiza el derecho a la identidad del adoptado, poniendo a su disposición, si él lo requiere la verdad biológica de su origen, como así también el inicio de su historia de vida.

De esta forma hemos concluido con el estudio de los principios fundamentales de las Leyes de Adopción y Filiación.

CAPITULO III: VULNERACION DE LA LEY DE ADOPCION: “LA ADOPCION ENCUBIERTA”

Luego de haber estudiado la Ley de Adopción, usted se preguntará ¿Por qué se hace referencia a la ley de filiación? ¿Qué tiene que ver la forma en que se determina la filiación por naturaleza o biológica con nuestro tema de estudio? Pues bien, la respuesta a dichas interrogantes la encontramos en que es precisamente la aplicación de la Ley de Filiación la que posibilita una de las principales vías a través de la cual las personas pueden vulnerar la Ley de Adopción.

En efecto, la gran rigurosidad que plantea la Ley de Adopción para la elección de una familia idónea para un niño que carece de ella, además del tiempo que los interesados deben esperar hasta el enlace con un niño, sobretodo cuando su preferencia es a la adopción de niños que se encuentren entre los cero y dos años de edad, desalienta a los interesados en la adopción, lo que puede impulsarlos a buscar alternativas reprochables.

Del mismo modo, una madre puede desconfiar del sistema y de las demoras que el proceso completo, es decir tanto del procedimiento previo de adopción, como el de adopción propiamente tal, implicarían que el niño no cuente con los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo, por lo que se podría ver tentada a buscar alternativas, sean estas legítimas o no, que no impliquen que su hijo permanezca fuera del seno de una familia. O bien puede encontrarse en tal situación de desamparo o con una situación económica tan deficiente que podría verse animada a buscar una compensación económica por la entrega de su hijo.

De esta forma, nos encontramos con la entrega directa, el reconocimiento doloso de paternidad y el falso parto como formas de vulneración de la Ley de Adopción. En todas ellas podemos encontrar de por medio la compraventa de niños, transacción que además de ilegítima, es inmoral y contradice en su integridad la concepción del ser humano, así como el reconocimiento de la dignidad de cada uno de ellos. La compraventa de un niño conlleva en su esencia un peligro terrible para la integridad del niño objeto de dicha transacción, a su integridad psíquica, pues el enterarse de que fue objeto de un negocio, no sólo lo hace asumir el terrible hecho de que su familia de origen no lo pudo o no lo quiso acoger en su seno, sino que además destruye la imagen que las personas que hasta ese momento el niño consideraba sus padres, quienes como es esperable eran sus más significativas figuras de apego, pues se muestran ante sus ojos como personas capaces de convertir a una persona, en este caso a él o ella, en un simple objeto transable. Esto si el niño objeto de la transacción tiene suerte y lo que buscaban las personas que lo tienen bajo su cuidado sólo es vulnerar el proceso de adopción, pues existe la posibilidad de que sus intenciones sean

aún más ilegítimas, como el tráfico de niños con el fin de obligarlos a realizar trabajos o redes de pedofilia e incluso tráfico de estupefacientes ilícitos o, peor aún, de órganos.

Pasaremos así al estudio de cada una de las formas en que se vulnera la ley de adopción, partiendo con la entrega directa.

1. Entrega directa

Como su nombre lo indica, consiste en la entrega que la madre, el padre o ambos hacen de su hijo a otra persona o personas a fin de que éstas se hagan cargo de su cuidado.

Esta práctica era muy habitual antiguamente, mucho más que la adopción de hecho. Lo más común era que los niños quedasen al cuidado ya sea de los abuelos, patrones o de una familia amiga o vecina de los padres y que éstos no volviesen a hacerse cargo de su hijo.

En la actualidad aún se da esta práctica, alegando la madre por ejemplo que no cuenta con las condiciones apropiadas para hacerse cargo del niño, pide ayuda, solicitando a una familia o persona que se haga cargo del niño mientras su situación mejora y se estabiliza. Sin embargo, nunca vuelve para hacerse cargo de su hijo, ni tampoco se pone en contacto para saber sobre su situación actual, si está bien o si necesita algo. Del mismo modo, la madre puede hacer entrega de su hijo a cambio de una compensación económica.

Cuando se produce una entrega directa, la persona o familia que reciben el niño, cuentan con diversas opciones:

- a) Puede regularizar su situación solicitando como medida de protección el cuidado personal del niño al Tribunal de Familia competente, dando de esta forma cumplimiento a lo ordenado por la Ley de Adopción en su artículo 12 inciso final. Informando al Tribunal los antecedentes que entrega la familia de origen o la persona que lo tenía a su cargo para haberles hecho entrega del niño, o bien, el abandono al que el niño se ha visto expuesto, así como también los beneficios que reportaría para el niño el que se conceda el cuidado personal a los solicitantes, esto es, ser considerado carga familiar de los cuidadores para efectos de Fonasa o Isapres y todos los demás beneficios sociales que como tal le correspondan.
- b) Puede simplemente hacerse cargo del niño sin regularizar su situación ante el Tribunal de Familia competente, con lo que se verían eventualmente expuestos a todos los riesgos que conlleva tener a un niño que no pertenece a su familia, sin haber dado aviso a las autoridades competentes, como por ejemplo ser acusado de secuestro por la familia biológica de niño.

Además de estas dos opciones, cualquiera de ellas sea la que tome, la persona que tiene al niño bajo su cuidado puede acercarse a las dependencias del Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él, para someterse a la evaluación respectiva para ser considerada como idónea para la adopción. En caso de ser considerada idónea, se convierte en legitimado activo para solicitar la declaración de susceptibilidad de adopción del niño que tiene bajo su cuidado.

Cabe hacer presente que en esta vía, si la persona que tiene al niño bajo su cuidado, ha solicitado al Tribunal el cuidado personal como medida de protección a favor del niño, y que luego obtiene su certificado de idoneidad para poder así adoptarlo, no está vulnerando la Ley de Adopción, si todo el proceso se realiza con apego a la ley y por supuesto de buena fe, pues dicho proceso se asemejaría mucho a la regularización, en cuanto la solicitud de adopción por parte de las personas que tienen el cuidado personal del niño, vendría a reconocer jurídicamente el lugar que en la vida diaria ocupa el niño en la familia que se ha encargado de su cuidado. A menos, claro está, que la razón por la cual se le entregó al niño para su cuidado personal haya sido que lo compró o que ha ejercido apremios ilegítimos contra la madre o la familia de ésta para obtener así el cuidado del niño, con lo cual, por supuesto, se viciaría todo el proceso.

Es por esta posible apariencia de regularidad y de búsqueda de garantizar el Interés Superior del Niño, que el Tribunal debe ser muy cauteloso y procurar notificar y oír en audiencia a la familia de origen en la causa por medida de protección, ya que si la persona que tiene el cuidado personal del niño obtiene certificado de idoneidad e inicia una causa de declaración de susceptibilidad de adopción por abandono o inhabilidad de los padres, bastaría con que, siendo legalmente notificados, no se presenten a la audacia preparatoria para que se hagan efectivos los apercibimientos, presumiendo su consentimiento favorable a la declaración de adoptabilidad y continúe el proceso en su rebeldía. Y que presente el requirente prueba suficiente para crear convicción en el Tribunal, para que el niño sea alejado de su familia de origen de forma definitiva.

2. Reconocimiento doloso de paternidad

- i. Con el consentimiento de la madre:** Esta es la principal forma de vulneración de la Ley de Adopción en nuestros días y en definitiva el conflicto práctico que existe entre las Leyes de Adopción y Filiación.

Una persona interesada en hacerse de un niño se pone en contacto con una mujer embarazada que no está dispuesta a hacerse cargo del niño que se gesta en su vientre sea porque no está en condiciones de hacerlo o bien por preferir obtener una compensación económica a cambio de la entrega de su hijo. Una vez que el niño nace, la madre se pone en contacto con el interesado entregándole al niño y los datos

personales de ambos para que pueda dirigirse a la oficina del Servicio de Registro Civil e Identificación y reconoce al niño como su hijo.

Luego de este reconocimiento, el padre legalmente determinado, presenta a la aprobación del Tribunal de Familia competente una transacción extrajudicial en la que acuerda con la madre que el niño estará bajo el cuidado personal del padre, transacción en la que se establece además un régimen de relación directa y regular entre madre e hijo, la que como sospecharán, no se cumplirá jamás. Otra alternativa es que demande el cuidado personal de su hijo por encontrarse ya bajo su cuidado, a lo cual la madre se allanará o simplemente no asistirá, con lo que se entregará el cuidado personal del niño en cuestión al padre, pues se encuentra su paternidad legalmente determinada y a los ojos del Tribunal, el padre es el único interesado en hacerse cargo del niño.

Poniéndonos en el mejor de los casos, este mecanismo es utilizado por un matrimonio que no está dispuesto a esperar por un hijo, y que cuentan con un certificado de idoneidad otorgado por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él, o lo obtienen con posterioridad. Este matrimonio puede iniciar una causa cuyo fin sea la declaración de que el niño está en situación de ser adoptado, en virtud del artículo 8 letra b) de la Ley 19.620, lo que en su oportunidad estudiamos como regularización, invocando la inhabilidad de la madre, o el abandono que ésta hizo de su hijo, acción en la cual la madre se allanará o simplemente no participará, haciéndose efectivos en su contra los apercibimientos del artículo 14, como ya señalamos, que se presumen su consentimiento favorable a la declaración de susceptibilidad de adopción y la prosecución del juicio en su rebeldía.

La segunda mejor opción es que la persona que reconoció al niño no cuente con los requisitos establecidos por la ley para adoptar a un niño, por ejemplo, porque su relación es de convivencia y no un matrimonio, porque su relación de pareja es homosexual o porque no cumplen con los requisitos de límite o diferencia de edad con el niño, etc. En este caso, el niño permanecerá como hijo del padre que lo reconoció y de la madre que lo parió, a pesar de que ésta no participe en la vida de su hijo.

Otra posibilidad es que el matrimonio haya sido rechazado por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él, por no contar con las condiciones necesarias para ser considerado idóneo. En este caso, el niño permanecerá con su filiación de origen, esto es su madre biológica y el padre que la reconoció.

La peor opción que se puede presentar para un niño vendido es que la finalidad de la persona que lo compró no sea vulnerar la ley de adopción, sino que la trata de personas, pudiendo el niño ser víctima de abuso sexual, ser vendido como esclavo, forzándolo a trabajar u obligado a ejercer el comercio sexual. Además, el niño podría ser utilizado para el tráfico de estupefacientes ilícitos o incluso de órganos.

ii. Sin el conocimiento de la madre: Esta hipótesis, supone una conducta con un dolo aún más grave que la anterior ya que quien se atribuye la condición de padre del niño puede actuar sin el conocimiento de la madre con el fin de atribuirse derechos que no le corresponden, exigiendo el cumplimiento de derechos de padre, como por ejemplo el mantener una relación directa y regular con el niño aún cuando sabe que ningún vínculo biológico lo une al niño. Un hombre que se dedique al tráfico de niños podría reconocer al hijo de una mujer en riesgo social, que se encuentre en tal situación de desamparo, que sea incapaz de percatarse de que su hijo ha sido reconocido por una persona o, sabiéndolo, sea engañada para no impugnar dicho reconocimiento, y vencidos los plazos el padre reclame el cuidado personal del niño, alegando las precarias condiciones de la madre y los consecuentes riesgos que corre el niño de manteniéndose bajo su cuidado. Si en definitiva obtiene el cuidado personal, el niño igualmente se vería expuesto a todos los peligros antes mencionados, con la diferencia que en este caso, el niño sí contaría con la presencia de una madre que vele por su seguridad y trate de recuperar al cuidado personal de su hijo o, en último caso, la internación de éste en un hogar de protección a salvo del padre si este representase un peligro para él. El que estos niños cuenten con una madre dispuesta a luchar por recuperarlos es el mejor escenario en que se podrían encontrar en este caso, pues bien podría pasar que quien realizó el reconocimiento engañe, pague o amedrente a la madre a fin de que no efectúe ninguna acción tendiente a recuperar el cuidado personal de su hijo.

Antes de pasar a la tercera forma de vulneración de la Ley de adopción, no podemos dejar de mencionar que nada impide que este reconocimiento doloso de paternidad también puede darse cuando el niño entregado en forma directa por la familia de origen a la persona que lo tiene bajo su cuidado, si el niño sólo tiene determinada su maternidad.

3. Falso parto

La forma en que comúnmente se determina la maternidad, por no decir la única, es a través del hecho del parto. Esto se acredita mediante un certificado de atención de parto extendida por un médico, cuando el parto es atendido en un hospital o clínica. Este certificado de atención de parto sólo se entrega en dichas circunstancias, es decir, que el parto sea efectivamente atendido en un hospital o clínica; cuando el parto es en otro lugar, aunque sea atendido por un profesional médico, lo que se extiende no es un certificado de atención de parto, sino una especie de acta en la que se deja constancia del profesional que asistió el parto, de la mujer asistida, y de datos del recién nacido, como por ejemplo nombre, peso, estatura, circunferencia del cráneo, etc.

Como ya estudiamos, al momento de requerir la inscripción de nacimiento de un niño, el artículo 31 en su número 4º de la Ley Sobre Registro Civil, en la parte pertinente exige que se presente un comprobante del médico que haya asistido el parto. Este artículo no hace distinción entre certificado y acta, por lo que lo importante no es donde haya nacido el niño, sea en un hospital o clínica o en su casa, lo requerido por la ley es que un profesional médico de fe de que los datos consignados son fidedignos.

Ahora bien, puede suceder que una mujer o una pareja quieren hacerse de un niño y para ello se ponen en contacto con una mujer embarazada que esté dispuesta a entregar a su hijo, mediando o no una compensación económica, y con un profesional médico que esté dispuesto a certificar que la mujer cuyo parto asistió, es decir, que la mujer que parió al recién nacido, es la interesada en hacerse del niño. De esta forma no se deja constancia de madre biológica en ningún documento oficial.

Con lo antes dicho no sólo se vulnera la Ley de Filiación basando el requerimiento de inscripción de nacimiento en un documento falso, sino también la Ley de Adopción, pues la o las personas que aparecen como padres del niño, sin ser sus padres biológicos son considerados padres sin haber pasado por proceso de adopción alguno, ni ellos como padres, así como tampoco el niño ha sido declarado en situación de ser adoptado.

Todo esto no se queda en una simple infracción de ley, pues las leyes quebrantadas buscan garantizar el Interés Superior del Niño, quedando sin posibilidad de garantizarse ni el derecho a la identidad, al no dejarse constancia alguna de la verdadera identidad biológica del niño, como así tampoco de su derecho a desarrollarse en el seno de una familia idónea, pues la o las personas que aparecen como padres del niño en cuestión no han sido sometidos a ningún tipo de evaluación que acredite su idoneidad, vulnerándose al mismo tiempo su derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Sin perjuicio de todo lo anterior, no podemos dejar de hacer presente toda la problemática que acarrea el hecho que el niño sea objeto de una transacción, esto es la vulneración de su condición de sujeto de derechos, al ser tratado como un objeto susceptible de ser transado, con lo que se atenta contra su integridad psíquica sin dejar de mencionar los peligros que conllevan el que quien se hace de un niño sin pasar por los procesos regulares de adopción, lo haga con un fin distinto a convertirse en padre o madre.

Posibles soluciones a estos problemas

Nuestro mayor problema se presenta en la falta de requisitos reales al momento de reconocer a un hijo como propio para determinar así su filiación, pues, como ya planteamos, esto posibilita la vulneración del proceso de adopción, poniendo en riesgo no

sólo el Interés Superior del Niño como un valor abstracto sino también su seguridad, su integridad psicológica y hasta física. ¿Cómo solucionamos este conflicto?

Sin la arrogancia de pretender agotar las soluciones viables, les ofrecemos en este acápite posibles soluciones a los problemas planteados.

1. Establecer estrictos requisitos para determinar la filiación por naturaleza

i. Determinación de la maternidad:

El hecho del parto seguirá siendo la forma en que, por regla general, se determine la maternidad, pues esta forma ofrece garantías suficientes de la veracidad de la maternidad del niño de que se trata, a pesar de que siempre existe la posibilidad de falsificar dicha información. Por lo que a nuestro juicio lo que debiese exigir la norma es un certificado de atención de parto.

Cuando un parto no sea atendido en un centro asistencial que le permita a la madre contar con un certificado de atención de parto, para poder reconocer al niño, deberá acompañar a su manifestación ante el Oficial del Registro Civil e Identificación un documento que certifique el que ella y su hijo se han sometido a una prueba de ADN comprobándose el lazo sanguíneo que los une como madre e hijo, pudiendo también presentarse un certificado del médico que acredite que fue ella quien se sometió a un procedimiento de fertilización asistida y que el niño que trata de reconocer es el resultado de dicho procedimiento, haya o no aportado su material genético, pues de acuerdo al artículo 182, madre y padre del niño nacido por fertilización asistida, son los que se sometieron a él. Este examen, o certificado será de cargo de la madre.

Por supuesto, la sentencia judicial seguiría siendo una vía válida para determinar la maternidad, a la que pueden acudir todas aquellas madres, que sin contar con un certificado de atención de parto, no cuenten con los medios necesarios para costear un examen de ADN, demandando que se reconozca su calidad de madre del niño de autos. En este caso, el examen de ADN, se realizará por el Servicio Médico Legal, a costo del Estado. En otras palabras, cuando una madre no cuente con un certificado de atención de parto extendido por un profesional médico y abalado por un hospital o clínica, la madre debe interponer ante el Tribunal de Familia competente, una acción de reclamación de maternidad, solicitando al Tribunal se ordene la práctica de un examen pericial biológico de ADN, a fin de que se reconozca científicamente y legalmente su condición de madre del niño en cuestión.

A través de esta modificación legal, se estaría limitando la posibilidad de que existan fraudes al momento de determinar la maternidad, pues ya no bastaría con coludirse con el médico que asista el parto, sino que la colusión deberá incluir a todo el equipo que asista el parto, lo cual por supuesto dificulta el fraude.

En consecuencia, se estaría protegiendo de una manera mucho más minuciosa y activa el derecho a la identidad del recién nacido, pues la maternidad que se determine de esta forma, en un porcentaje mucho más eficiente, corresponderá a la verdad biológica de su origen.

ii. Determinación de la paternidad.

Determinada la maternidad conforme a derecho, cuando la filiación es matrimonial, podría seguir presumiéndose la paternidad. La sentencia judicial, al igual que para determinar la maternidad, seguiría siendo una forma idónea para determinar la paternidad.

Es el reconocimiento de paternidad, la forma de determinar la filiación que presenta problemas para garantizar el Interés Superior del Niño, por lo que debe ser modificada, exigiendo que quien realice el reconocimiento pruebe la veracidad de sus dicho. Claro está que el Oficial del Registro Civil no es el indicado para recibir, ni mucho menos ponderar prueba respecto de la veracidad de la manifestación a través de la cual se reconoce a un hijo, lo que sí podría hacerse es exigir por ley que al momento de realizar el reconocimiento, el padre acompañe un certificado que acredite que él y su hijo se sometieron a una prueba de ADN que demuestre la verdad científica y por supuesto biológica de la paternidad alegada, también sería suficiente un certificado médico que acredite que él y la madre del niño que pretende reconocer fueron quienes se sometieron al procedimiento de fertilización asistida que dio como resultado el nacimiento del niño que se pretende reconocer, sea que el padre haya o no aportado material genético para dicha fertilización, pues de acuerdo al artículo 182 del Código Civil, los padres del niño concebido en estas circunstancias es hijo del hombre y de la mujer que se sometieron a dicho procedimiento.

Si el padre está en condiciones de pagar por dicho examen, lo presentará ante el oficial del Servicio de Registro Civil e Identificación al momento de realizar el reconocimiento. Si no cuenta con dichos medios, podrá interponer ante el Tribunal de Familia competente, una acción de reclamación de paternidad, solicitando al Tribunal, se ordene la práctica de prueba pericial biológica de ADN, a fin de poder acreditar el demandante, su calidad de padre del niño de autos.

A nuestro entender, ésta sería la mejor forma de garantizar a un niño su derecho a la identidad y no sólo su derecho a la identidad, sino que también estaríamos evitando todos los posibles problemas que un reconocimiento doloso de paternidad podría acarrear al niño.

2. Aumentar los legitimarios activos para interponer la acción de impugnación de una filiación determinada

Esta posible solución consiste en legitimar activamente al Servicio Nacional de Menores y al juez para impugnar todos aquellos reconocimientos dolosos de paternidad de

los que tenga conocimiento, así como también las determinaciones fraudulentas de maternidad.

Como ya estudiamos los legitimados activos para impugnar la paternidad son el padre, cuando la filiación es matrimonial, para lo cual tiene un plazo de 180 días desde el día que tuvo conocimiento del parto, o un año desde la misma fecha si prueba que estaba separado de hecho de la madre en la época del parto; los herederos del padre, si este fallece dentro del plazo o sin conocimiento del nacimiento del hijo, a menos de que el padre haya reconocido al hijo en un testamento o algún instrumento público; también puede impugnar la paternidad el representante legal del hijo en el Interés Superior del Niño, dentro del plazo de un año; el hijo dentro de un año desde que alcanza la plena capacidad.

Como ya vimos, la paternidad determinada por reconocimiento puede impugnarse por el propio hijo dentro de dos años desde que tuvo conocimiento del reconocimiento; si es incapaz, puede interponer la acción su representante legal; los herederos del hijo si éste fallece sin conocer el reconocimiento o dentro del plazo que tiene para ejercer la acción de impugnación; también es legitimario activo de la acción de impugnación todo aquel que tenga interés en ello y cuenta con un plazo de un año desde que tuvo el interés y pudo ejercer el derecho.

En cuanto a la impugnación de maternidad, ella se da cuando existe suplantación del pretendido hijo por el verdadero o bien por falso parto y a los legitimarios activos se suma el marido de la madre.

Bien, nuestro planteamiento es que dentro de los intereses que legitiman para solicitar la impugnación de la paternidad y/o maternidad se reconozca el Interés Superior del Niño. De esta forma, tanto el Servicio Nacional de Menores, como el juez de oficio, al tomar conocimiento de una posible determinación fraudulenta de la filiación, podrían solicitar su impugnación. En caso de que sea el juez quien detecte una posible determinación fraudulenta de la filiación, en caso de tener los antecedentes necesarios pueda declararla de oficio, o investigarla ordenando la prueba pertinente para determinar la veracidad o la falsedad de esta o bien, oficiar al Servicio Nacional de Menores a fin de que se haga cargo de actuar como Curador Ad Litem del niño de autos.

En este sentido, se estarían ampliando las posibilidades de resguardar el Interés Superior del Niño. Como ya señalamos, el Interés Superior del Niño, es entendido como la mayor realización espiritual y material posible del niño, así como su guía en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades. Del mismo modo el Interés Superior del Niño es entendido como la satisfacción de los derechos garantizados en la Convención Internacional de Derechos del Niño. Sea cual sea la forma en que entendamos el Interés Superior del Niño, es evidente que el respetar la verdad biológica y dar a ese niño o más bien a esa persona

certeza de su origen, base fundamental para su identidad, elemento íntimamente ligado a la dignidad humana.

No olvidemos que la Ley de Adopción sí toma las precauciones necesarias para que el adoptado o sus herederos conozcan la verdad de su origen, pues la misma ley ordena que todos los antecedentes de los procedimientos por medidas de protección, previo de adopción y el de adopción propiamente tal sean guardados en un archivo especial del Servicio de Registro Civil e Identificación.

3. Limitar la aplicación de la posesión notoria del estado civil de hijo, así como su valor probatorio.

Nuestra teoría es limitar el uso de la posesión notoria del estado civil de hijo a aquellos casos en que los padre de buena fe reconocen a un hijo que biológicamente no es suyo, entendiendo que actúan de buena fe cuando tienen el firme convencimiento de que está unido a dicho niño por vínculos biológicos.

Con esto queremos dejar fuera la posibilidad de que una nueva pareja de la madre reconozca como propios a lo hijos de esta, sin que exista algún tipo de garantía para el niño de que tendrá un buen padre. O que las personas a quienes una madre les hizo entrega directa de su hijo sean reconocidas como los padres de ese niño por haber logrado completar los requisitos que establece la ley para acreditar la posesión notoria del estado civil de hijo. Por otra parte, no podemos dejar de hacer presente que, en ambas hipótesis, mientras no se cumpla con los requisitos necesarios para configurar la posesión notoria del estado civil de hijo, el padre biológico podrá impugnar y reclamar a ese hijo y en la segunda cualquiera de ellos puede solicitar la entrega inmediata del menor, si la persona o personas que lo tienen a su cuidado no regularizaron su situación, solicitando al Tribunal de Familia competente que les entregue el cuidado personal del niño como medida de protección.

Si sacamos de la ecuación la posesión notoria como medio de prueba suficiente para acreditar el estado civil, existirá por siempre la posibilidad de que el padre biológico reclame a su hijo. Con lo que estaríamos fomentando a que las cosas desde un principio se hagan como se debe, es decir, que tanto la madre del niño como su nuevo marido sean evaluados por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él, con el fin de obtener un certificado de idoneidad con el cual puedan adoptar al niño como hijo de ambos, con lo que estarían ofreciendo al niño garantía de que los padres son física, mental y moralmente hábiles por una parte, y por otra, le dan certeza a su vínculo filiativo, pues como ya sabemos, la adopción es irrevocable, resguardaríamos al mismo tiempo el derecho a la identidad del niño, pues el niño, al pasar por un proceso de adopción, tendrá la posibilidad de conocer la verdad de su origen, es decir, que el adoptado podrá saber por una

parte que es adoptado y por otra, si lo desea, podrá solicitar los antecedentes de su antigua identidad.

Recordemos lo estudiado al momento de tratar la regularización. Del mismo modo, limitando la aplicación y el valor probatorio de la posesión notoria del estado civil, se estimula el que, la persona o personas a quienes se les ha hecho entrega de un niño, para que se hagan cargo de su cuidado, se acerquen a los Tribunales de Familia a regularizar la situación, con lo que se estaría poniendo al niño en una situación de mayor resguardo al estar siendo revisada su situación por un Tribunal. Con ello, tenemos una mayor posibilidad de garantizar el Interés Superior del Niño.

Al referirnos a limitar la posibilidad de alegar la posesión notoria del estado civil de hijo, lo que queremos en definitiva es anular la posibilidad de que una persona que se hizo cargo de un niño sin regularizar su situación o bien realizó un reconocimiento doloso de paternidad o una determinación fraudulenta de maternidad alegue que ese niño es su hijo, y que pese a que una prueba pericial biológica de ADN diga que no lo es, el niño posee el estado civil de hijo, lo que debe primar de acuerdo al artículo 201 del Código Civil, es el la posesión del estado civil. No obstante, en el inciso segundo del mismo artículo 201, se establece: *“Sin embargo, si hubieren graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico.”* A nuestro entender el hecho de que la filiación se encuentre determinada de una manera fraudulenta o el no hayan tendido la diligencia suficiente para regularizar la situación del niño para garantizar su Interés Superior es fundamento suficiente para hacer primar la verdad biológica, con mayor razón afirmamos nuestra teoría si la forma en que los supuestos padres y el supuesto hijo se unieron fue a través de una transacción entre los supuestos padres y los padres biológicos, caso en el cual el niño debiese ser declarado susceptible de ser adoptado por inhabilidad de los padres.

4. Limitar los legitimados activos para interponer la solicitud de declaración de adoptabilidad del niño.

A pesar de lo difícil que es desincentivar la práctica de la entrega directa, el que no se les permita a personas naturales iniciar una causa solicitando la declaración de que un niño se encuentra en situación de ser adoptado, desincentivaría por lo menos la entrega directa como medio de vulneración de la Ley de Adopción. Por razones obvias, esta limitación no se aplicaría en los casos en que la solicitud se fundamente en el artículo 8 letra b) ya que en estos casos por lo menos uno de los solicitantes es un ascendiente consanguíneo del niño que se pretende adoptar, en estos casos para garantizar el Interés

Superior del Niño, sería conveniente o recomendable que se nombrara al Servicio Nacional de Menores como Curador Ad Litem del niño. Quedando el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante él como únicos legitimarios activos para los casos de cesión voluntaria y susceptibilidad de adopción, se estaría ofreciendo mayores garantías para proteger el Interés Superior del Niño, en especial se estaría protegiendo su derecho a desarrollarse en el seno de una familia idónea que le brinde afecto y le procure los cuidados necesarios para la satisfacción de sus necesidades.

5. Sancionar a las personas que incurran en las conductas constitutivas de adopción encubierta.

Sea cual sea el mecanismo utilizado para vulnerar o intentar vulnerar la Ley de Adopción, a nuestro entender hacen igualmente inhábiles para la adopción a las personas que incurrieron en dichas conductas.

Nuestra propuesta es que la inhabilidad moral de estas personas no sólo quede sujeta al criterio evaluador de los profesionales del Servicio Nacional de Menores, sino que sea una causal expresamente reconocida en la ley para considerar que una persona no está capacitada para convertirse en padre o madre adoptiva, como lo son por ejemplo el secuestro y el abandono de menores.

Del mismo modo, sugerimos que la adopción encubierta sea tipificada como un delito especial, agravando considerablemente las penas cuando para que ella se lleve a efecto ha mediado una compensación económica a la familia de origen del niño.

CONCLUSIÓN

Al terminar nuestra exposición, podemos señalar que en Chile el sistema filiativo reconoce dos orígenes, la naturaleza y la adopción. La determinación de la filiación por naturaleza se rige por las disposiciones contenidas en la Ley de Filiación, en la que se consagran como formas de determinación el parto, la presunción de paternidad, el reconocimiento y la sentencia definitiva firme en juicio de filiación. La filiación adoptiva, por su parte está regulada por la Ley de Adopción. Al estudiarla pudimos empaparnos de los procedimientos previos de adopción, así como de cada una de las causales, en las que se puede fundamentar una solicitud de declaración de adoptabilidad de un niño. Analizamos los requisitos que deben cumplir los interesados en la adopción para ser considerados idóneos, estudiamos el procedimiento de adopción propiamente tal y finalmente los efectos que la adopción produce.

Los principios en los que primordialmente se basa la Ley de Filiación son el Interés Superior del Niño, el principio de igualdad de los hijos, el derecho a la identidad y la libre investigación de la filiación.

Los principios en los que se fundamenta la Ley de Adopción son el Interés Superior del Niño; el derecho que tienen los niños a desarrollarse en el seno de una familia que le proporcione afecto y procure la satisfacción de sus necesidades espirituales y materiales; el principio de subsidiariedad de la adopción. Existiendo además otros principios que la inspiran, por ejemplo la inseparabilidad de los hermanos y el derecho a la identidad, para salvaguardar este último los antecedentes previos a la adopción, los de la adopción propiamente y todo documento en que conste la antigua identidad del adoptado se guardan en un archivo especial del Servicio de Registro Civil e Identificación.

Sin embargo, la excesiva rigurosidad de la Ley de Adopción al momento de evaluar a una persona o matrimonio como hábil o idóneo como familia adoptiva, el tiempo que una vez considerados idóneos, los interesados en la adopción deben esperar hasta ser enlazados con un niño en particular y el gran desgaste emocional que el proceso y la espera misma conllevan, hacen que muchas personas busquen alternativas no siempre legítimas para acelerar el proceso, muchas veces incurriendo en conductas reprochables.

Las personas que buscan vulnerar los procedimientos establecidos por la Ley de Adopción, pueden hacerlo a través de la entrega directa, el reconocimiento doloso de paternidad, mediando consentimiento o sin el conocimiento de la madre y el falso parto. Pudiendo o no existir una transacción económica de por medio entre la familia biológica y la o las personas que en definitiva se quedan con el niño.

Podemos sostener que la forma en que con mayor frecuencia se vulnera la Ley de Adopción, es a través del reconocimiento doloso de paternidad con consentimiento de la

madre, ya que como forma de burlar la Ley de Adopción es la que ofrece la mejor relación entre la facilidad en su ejecución (basta con realizar el reconocimiento) y la seguridad de mantención del vínculo (el padre será el que haya efectuado el reconocimiento, a menos que el padre biológico, que en la generalidad de los casos no ha tomado conocimiento de que se convirtió en padre o estando en conocimiento no quiso asumir su responsabilidad, demande la impugnación y reclamación de la paternidad que lo une a su hijo). Nos permitiremos asegurar que la Ley de Filiación malentendió el procurar garantizar el derecho a la identidad de todo ser humano con facilitar la determinación de “una identidad” sin preocuparse por la veracidad biológica del vínculo que está reconociendo, y protegiendo. Es por esta razón que de la aplicación de la Ley de Filiación, se posibilita la infracción de la Ley de Adopción por el reconocimiento doloso de paternidad.

Si bien es cierto, la legitimación activa del juez o del Servicio Nacional de Menores para interponer la acción de impugnación de filiación podría lograr la invalidación de algunos reconocimientos dolosos de paternidad, para que su impacto fuese efectivo, tendría que solicitar a cada padre que demande el cuidado personal de sus hijos prueba de la verdad biológica del vínculo que alega. Medida con la que alejaríamos a esos padres de los Tribunales de Familia, junto con la posibilidad de monitorear la situación del niño. A nuestro parecer, pese a ser una modificación que implica un alto costo, el exigir que quien se repunte padre de un niño pruebe verdad del vínculo que alega se presenta como la mejor forma de garantizar el Interés Superior del Niño, pues con ello se respeta su derecho a la identidad, ya que sabrá que quien se presenta como su padre, en verdad lo es; la subsidiariedad de la adopción pues el niño se verá desvinculado de su familia de origen sólo cuando su Interés Superior así lo exija y su derecho a desarrollarse en el seno de una familia idónea, pues la madre que actualmente entrega a su hijo a un desconocido, mediando o no una compensación económica, igualmente puede desvincularse de sus obligaciones como madre cediendo a su hijo en adopción, por el conducto regular, lo que garantizará a su hijo el llegar a una familia idónea.

En conclusión, podemos señalar que - entendiendo al Interés Superior del Niño como el canon a través del cual se busca favorecer al niño, buscando la mayor realización espiritual y material mediante el la protección efectiva de ejercicio de los derechos que se establecen a su favor - en nuestra legislación vigente existe un conflicto en la aplicación de la Ley de Filiación, en cuanto permite la vulneración del procedimiento establecido para la adopción, contraviniendo el Interés Superior del Niño. El conflicto se nos presenta dado que esta ley ofrece grandes facilidades para la determinación de la paternidad, poniendo así en riesgo el derecho a la identidad, pues un niño puede ser reconocido como hijo de cualquier hombre, sin que necesariamente exista un vínculo biológico entre ellos. Se pone en riesgo su dignidad como ser humano, pues posibilita el que una madre ocupe a su hijo

como objeto de una transacción económica, aberración que no es necesario explicar ya que se explica en sí misma. Del mismo modo, se deja al niño en la más profunda indefensión, ya que su nueva familia no ha sido evaluada por profesional alguno, así como tampoco se hará un seguimiento a la evolución del apego familiar, si es que este llegase a darse.

Lo anteriormente expuesto, no nos deja más alternativa que afirmar que en resguardo del Interés Superior del Niño, deben - por lo menos - realizarse modificaciones a la Ley de Filiación: exigiendo que quien pretende realizar el reconocimiento pruebe la veracidad de vínculo biológico que alega, sin dejar de lado los beneficios que traería además el exigir un certificado de atención de parto otorgado en un Hospital o en una Clínica; aumentar los legitimados activos para interponer la acción de impugnación de filiación, reconociendo el Interés Superior del Niño como un interés legitimante; limitar la aplicación y el valor probatorio de la posesión notoria del estado civil de hijo, así como la limitación de los legitimados activos para interponer la solicitud de declaración de adoptabilidad de un niño y sancionar a las personas que incurran en estas conductas.

Sea cual sea la forma que se considere más idónea para poner fin la adopción encubierta, nos parece indispensable que se tome conciencia del problema, de los peligros que ello implica para los niños que se ven envueltos en él, así como de la imperatividad de perfeccionar nuestra legislación para poder dar una garantía efectiva al Interés Superior del Niño.

BIBLIOGRAFIA

TEXTOS:

1. Hernán Corral “Adopción y filiación Adoptiva” Editorial Jurídica, Santiago 2002.
2. Carlos Ducci Claro “Derecho Civil Parte General” Cuarta edición, Editorial Jurídica Santiago 1995.
3. René Ramos Pazos “Derecho de familia” Cuarta edición, Tomo I, Editorial Jurídica, Santiago 2003
4. René Ramos Pazos “Derecho de familia” Sexta edición, Tomo II, Editorial Jurídica, Santiago 2007
5. Antonio Vodánovic “Manual de Derecho Civil” Tomo II, Parte Preliminar y General, Editorial Lexis Nexis, Santiago 2006.

ARTICULOS:

1. Mario Opazo González “El principio del interés superior del menor en el derecho chileno.” Publicado en la Revista ENTHEOS N° 4, de la Facultad de Humanidades, Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Volumen único septiembre 2005.
2. Miguel Cillero “El interés superior de niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño”, Publicado en “Justicia y Derechos del Niño” N° 1, Santiago 1999. También disponible en www.unicef.cl

PAGINAS WEB:

1. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española www.rae.es
2. Atención primaria en la red www.fisterra.com
3. Librería nacional de Medicina de Estados Unidos www.nlm.nih.gov

TEXTOS LEGISLATIVOS:

1. Ley 19.620 o Ley de Adopción.
2. Ley 19.585 o Ley de Filiación.
3. Ley 19.968 que crea lo Tribunales de Familia.
4. Código Penal.
5. Código Civil.
6. Ley 4.808 o Ley Sobre Registro Civil.
7. Convención Internacional de Derechos del Niño.
8. Constitución Política de la Republica.